

شرح القانون المدني

٣

المقود المستأف

المجلد الأول

عقد البيع

تألف

الدكتور سليمان مرقس

رئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة (سابقاً)

ورئيس قسم القانون بمعهد البحوث والدراسات العربية

١٩٦٨

عقد البيع

إهداء ٢٠٠٦

حوم الدكتور / علي حسين كزار

شرح القانون المدني

٣

العقود المستأنة

عقد البيع

تأليف

الدكتور سليمان قرص

رئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة (سابقاً)
ورئيس قسم القانون بمعهد البحوث والدراسات العربية

مطبعة النهضة الجديدة

١٩٦٨

مقدمة

أول قسم من القانون المدني الفرنسي الذي نفذ ابتداءً من ١٩٤٩ أكتوبر ١٩٤٩ على باب تمهيدى وقسمين رئيسيين. وقد تضمن الباب التمهيدي قواعد تطبيق القانون وبيان الأشخاص وخصائصها وتعريف الأشياء والأموال وأنواعها، وخصص القسم الأول للالتزامات أو الحقوق الشخصية، والقسم الثاني للحقوق العينية الأصلية والتبعية. وجعل القسم الأول كتابين، عرض في أولهما الأحكام العامة للالتزامات، وتناول في الثاني تنظيم العقود المسماة، وقسمه إلى أبواب رتب فيها هذه العقود بحسب العقود عليه في كل منها، لجمع العقود التي يكون عليها نقل الملكية في الباب الأول من هذا الكتاب، والعقود التي ترد على المنفعة في الباب الثاني منه، والعقود التي ترد على العمل في الباب الثالث، وأفرد الباب الرابع للعقود الاحتمالية، والباب الخامس لعقد الكفالة. أما عقدا الرهن الرسمي والرهن الجهازي فلم يتناولهما المشرع في الكتاب الثاني الخاص بالعقود المسماة وآثر أن يضمن أحكامهما الكتاب الرابع الخاص بالحقوق العينية التبعية أو التامينات العينية نظراً لأن أهم أثر لهما هو انشله حق عيني تبعي، ولأن النصوص المتعلقة بهما قد قصد بها في الغالب تنظيم أثر الحق العيني التبعية الناشئ من عقد الرهن لا تنظيم هذا العقد في ذاته.

٢- للعقود المسماة والعقود غير المسماة - ولم يقصد المشرع بتنظيم هذه العقود المسماة عدم الاعتراف بغيرها بل ترك الحرية للتطبيقات في أن يعقدوا ما يشاءون من عقود أخرى. وعلى ذلك فمن المعلوم أنه العقود من هذه الناحية نوعان: عقود مسماة وأخرى غير مسماة.

ومن أمثلة العقود غير المسماة العقد الذي تتمتع بموجبه دار للنشر بطبع كتاب لمؤلف معين وتولى نشره ويمنحه في مقابل نصيب من أرباحه، والعقد

الذى يلتزم بموجبه شخص القيام بعمل معين في مقابل طعمه وسكنه ،
والعقد الذى يضع أحد المستشفيات بمقتضاه عدداً من أسرته تحت تصرف
كلية الطب لتمكينها من تعليم طلبتها ومن اجراء الأبحاث العلمية ، والعقد
الذى يتعهد به شخص باتخاذ الاجراءات اللازمة لاثبات حق لشخص آخر
في مقابل أخذ نصيب معين من هذا الحق بعد الحكم بقبوله . . . الخ .

وليس في الامكان حصر العقود غير المسماة ، لأن الالتزامات أو
الحقوق الشخصية لا حصر لها ، ولأن مبدأ سلطان الارادة يسمح
الأفراد أن ينشئوا ما يشاؤون من التزامات وأن يبرموا ما يريدون من
عقود . وقد حاول بعض الشرح رد كل ما يتصور من عقود غير مسماة الى
فصائل معينة بحسب طبيعة العقود عليه^(١) ، ولكن هذه المحاولة ان أدت
الى تصنيف جميع العقود فانها لا تفيد حصرها بأى حال .

واذا كان المشرع قد نظم العقود المسماة وترك غيرها ، فانما يرجع ذلك
الى كثرة تداول الأولى وما يلقته من أهمية عملية كبيرة وقت وضع التقنين .
وليس ذلك بمنع من أن يبلغ بعض العقود غير المسماة مثل هذه الأهمية ،
فيبرر ذلك تنظيمها تنظيمًا تشريعيًا وادخالها في عداد العقود المسماة^(٢) . وقد
حدث ذلك فعلا في التشريع المصرى الحديث بالنسبة الى عقود التأمين
والتزام المرافق العامة ، اذ كانا في ظل التقنين المدنى الملغى من العقود غير
المسماة ، فنظمهما التقنين المدنى الحالى وجعلهما بذلك من العقود المسماة .

٣ - طبيعة الأنظمة التى تنظم العقود المسماة وفائدها العملية —

متى نظم المشرع عقداً من العقود ، فانه يقصد بهذا التنظيم أولاً تطبيق
القواعد العامة على هذا العقد بنصوص صريحة توضح ما قد يكون في هذا
التطبيق من خفاء أو تبدد ما قد يثيره من شك ، وكثيراً ما يقصد المشرع

(١) يلاتيول في المجلة الاقتصادية ١٩٠٤ م ٤٧٠ وما بعدها ،

(٢) انظر السنهوري في الوسيط ج ٤ نبذة ٣

بذلك أيضاً وضع أحكام خاصة يخرج بها في شأن هذا العقد على حكم القواعد العامة خروجاً تقتضيه طبيعة هذا العقد الخاصة .

فالمادة ٤٤٣ مدني مثلاً التي نصت على أنه « إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع : (١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ، (٢) وقيمة الثمار التي ألزم المشتري برداً لمن استحق المبيع ، (٣) والمصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات السكالية إذا كان البائع سمي النية ، (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠ ، (٥) وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع ، . هذه المادة ليست في أكثر أحكامها إلا تطبيقاً للمادة ٢٢١ التي تنص على أن « يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . . . » .

وقد أراد المشرع بهذا التطبيق أن يسهل بيان عناصر التعويض الذي يتعين الحكم به للمشتري عند نزع المبيع من يده لثبوت ملكيته للغير ، لأنه قدر أنه لو ترك حكم هذه الحالة للنص العام الوارد في المادة ٢٢١ الذي يكتفي بذكر ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب فإن حكم القانون فيما يتعلق بالكثير من عناصر التعويض لا يكون واضحاً وضوحاً تاماً . فإذا كان من الواضح مثلاً أن المشتري يستحق قيمة المبيع ، فإن تعيين الوقت الذي يجب أن ينظر إليه في تقدير هذه القيمة خفاء ، إذ يحتمل أن يكون هذا الوقت وقت الاستحقاق كما يحتمل أن يكون وقت العقد ، وقد تختلف القيمة بين الوقتين اختلافاً ينفياً . ولأن قواعد التنفيذ بطريق التعويض تؤدي إلى تقدير الضرر وقت وقوعه ، وهو في حالتنا هذه وقت حصول الاستحقاق ، رأى المشرع دفعا لكل لبس أن ينص على ذلك صراحة في المادة ٤٤٣ . .

وبذلك فيها ينطبق بالمصروفات النافعة التي أنفقها المشتري على المبيع قبل الاستحقاق ، فانه من المعلوم أنه يجوز له أن يطالب المشتري بجزء من هذه المصروفات يساوى ما زاد بسببها في قيمة العين (المادة ١٢٥) ، أما الجزء الباقي فلا يطالب به المشتري . ولكن يصح التساؤل عما إذا كان يرجع به على البائع أو لا يرجع . ووجه الحق في ذلك أن البائع يلزم بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أي بقيمته مقدرة بعد اتفاق المصروفات النافعة عليه ، فتكون هذه المصروفات قد اندمجت في قيمة المبيع ، ولا محل لعددها عنصراً متميزاً من عناصر التعويض .

ولكن الواقع أنه لم يندرج من المصروفات النافعة في قيمة المبيع إلا ما يساوى زيادة القيمة التي حدثت بسبب هذه المصروفات^(١) . أما الجزء الباقي من هذه المصروفات فلم يدخل في تقدير قيمة المبيع ولا يستطيع المشتري مطالبة المشتري به ، فيضيق عليه إذا لم يكن له أن يرجع به على أحد . ولكن لأن هذه الخسارة ما كانت تلحقه لولا استحقاق المبيع ، فإنها تعتبر نتيجة مباشرة للاستحقاق ويلزم بها البائع ، وقد رأى المشرع أن يزيل ما في هذا الشأن من خفاء بالنص على ذلك صراحة في المادة ٤٤٣ (انظر أيضا المادة ٤٣٩ وهي تعتبر تطبيقاً للمادة ٢٠٥ ، والمادة ٤٣٧ وهي تعتبر تطبيقاً للمادتين ١٥٩ و ١٦٠) .

ومن أمثلة أحكام العقود المسماة التي أريد بها الخروج على الأحكام العامة ما ورد في المادة ٤٤٣ ذاتها من أن المشتري يستحق الفوائد القانونية عن قيمة المبيع من وقت الاستحقاق . فإن القواعد العامة تقضى بأن لا تستحق الفوائد القانونية إلا من وقت المطالبة القضائية بها (المادة ٢٢٦) ، لكن المشرع رأى أن المشتري الذي استحق منه المبيع جدير بمزيد من الرعاية لأنه دفع الثمن رغبة في الاتِّفَاعَ بالمبيع ولأن البائع قبض الثمن وصار

(١) ولأنه يحق للمشتري مطالبة المشتري بهذه القيمة يجب عليه عند الرجوع على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق أن يسترد منها زيادة القيمة الناشئة عن المصروفات النافعة .

من حقه أن يستغله ، فإذا نزع المبيع من يد المشتري فليس يكفي أن يعرض عنه بقيته وقت الاستحقاق ولا أن يحكم له بالفوائد القانونية من وقت المطالبة بها بل يجب تقرير هذه الفوائد له من وقت حصول الاستحقاق . وفي هذا خروج على القواعد العامة اقتضاه ما ترتب على الاستحقاق من اختلال في التوازن بين مركز كل من البائع والمشتري ، فوجب أن ينص عليه المشرع صراحة .

ومن أمثلة ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٥٦٦ فقرة أولى من استحقاق الوفاء بضمن المبيع في المكان الذي سلم فيه المبيع ، فإن حكمها يعتبر خروجاً على حكم المادة ٣٤٧ - التي تقضي بأن يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء - اقتضته المصلحة في انتهاز فرصة اجتماع كل من البائع والمشتري في المكان الذي سلم فيه المبيع لاجراء الوفاء من الجانبين في هذا المكان ذاته .

وكذلك المادة ٥٧٤ تعتبر خروجاً على حكم المادة ٣٤٦ .

وسواء كان غرض المشرع من تنظيم العقود المسماة تطبيق القواعد العامة على هذه العقود أو الخروج على هذه القواعد بأحكام خاصة ، فالغالب فيه أن ينص على ما يعتقد أنه يمثل إرادة العاقدين من أحكام . ولذلك يعتبر الأصل في الأحكام التي تنظم العقود المسماة أنها مقررّة أو مفسرة لإرادة العاقدين ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، إلا ما كان منها متعلقاً بالنظام العام .

وقائمة هذه الأحكام أنها تسهل التعاقد ، من حيث أنها تنفي العاقدين - كلما أرادوا إبرام عقد معين - عن المفاوضة في تنظيم كل جزئية مما يترتب على هذا العقد أو مما يحتمل أن يقوم بشأنه من أوجه الخلاف بين العاقدين ، كما تنهين عن الاتفاق سلفاً على حلول مفصلة لجميع هذه المسائل - وبخاصة في الحالات التي تكون فيها قيمة موضوع العقد ضئيلة - إذ يكفي أن يحيل العاقدان في شأن ذلك كله صراحة أو ضمناً إلى الأحكام التي قررها القانون ، فتصبح هذه الأحكام سارية عليهم في تنظيم هذا التعاقد .

ومن شأن ذلك أن يسهل أيضاً مهمة القاضى ، اذ يغنيه الرجوع الى أحكام القانون - فى الحالات التى لا تكون فيها للعاقدين ارادة ثابتة - عن الاجتهاد فى افتراض ما قد تكون ارادتهما اتجعت اليه .

والواقع من الأمر أن أكثر الناس يميلون بطبعهم الى التواكل والى الاعتماد فى تنظيم معاملاتهم على نصوص القانون حتى ما كان منها مقررأ أو مفسراً أو مكملاً للارادة ، وقل منهم من يستعمل حريته فى الاتفاق على ما يخالف بعض هذه النصوص ، وندر أن يتفق العاقدان على ما يخالفها كلها جملة وتفصيلاً^(١) .

وبذلك تظهر الأهمية العملية لتنظيم العقود المسماة ولدراسة الأحكام التى وضعها لها المشرع فى الكتاب الثانى من التقنين المدنى الحالى .

٤ - أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة - اذا عرض على القاضى نزاع متعلق بعقد مسمى ، تعين عليه أن يبحث عن الحكم الذى يطبقه على هذا النزاع - عند انعدام كل اتفاق أو عرف بشأنه - فى أحكام الكتاب الثانى من التقنين المدنى التى تنظم هذا العقد ، وأن لا يرجع الى القواعد العامة التى تتضمنها الكتاب الأول الا اذا لم يوجد فى النصوص المخصصة لهذا العقد فى الكتاب الثانى نص يحكم هذا النزاع أما اذا كان النزاع المروض على القاضى متعلقاً بعقد من العقود غير المسماة ، وجب البحث عن حكمه فى نصوص الكتاب الأول من التقنين المدنى مباشرة أى فى القواعد العامة للالتزامات^(٢) .

(١) انظر فى ذلك رسالة الدكتور أحمد زكى الشبلى ، فى تكييف العقود ، سنة ١٩٤٤ ص ٨٦ وما بعدها .

(٢) وقد يتفق أحياناً تكييف العقد بأنه من العقود المسماة أو من العقود غير المسماة . والمحول عليه فى ذلك ليس تسمية المادتين عندما بل توافر السمات القانونية التى جعلها المشرع مميزة لعقد من العقود المسماة أو عديمه (السهبورى فى الوسيط ج٢ بقية ٣ ص ٥) .

وفي كلتا الحالتين ، يجوز عند تعذر استخلاص الحل المقصود من طريق الأحكام العامة ، الرجوع في ذلك أحيانا الى الأحكام الخاصة المتعلقة بمقد آخر واستنباط الحل منها بطريق مفهوم الموافقة أو القياس اذا توافرت شروطه . فيجوز مثلا من طريق القياس تطبيق بعض أحكام البيع على عقد الهبة كحكم بيع ملك الغير وحكم تسليم المبيع وملحقاته ، أو على عقد الإيجار كالأحكام المتعلقة بزمان تسليم المبيع ومكانه وتحديد مقداره وبيان ملحقاته ، وذلك ولو لم توجد احالة صريحة على تلك الأحكام في بابي الهبة والإيجار .

٥ - العقد المركب أو المختلط - العقد المركب أو المختلط هو عقد واحد يحقق أغراضاً تهدف إليها في العادة عدة عقود مختلفة ، كمقد الإقامة في فندق ، فإنه يحقق الأغراض التي يتوصل إليها عادة بعقد الإيجار (فيما يتعلق بالغرفة) ، والعمل فيما يتعلق بالخدمة ، والبيع (فيما يتعلق بالطعام والشراب) والوديعة (فيما يتعلق بحفظ الأمتعة) . وكذلك العقد الذي يرم بين صاحب المسرح وأفراد النظارة ، فإنه يجمع بين الإيجار (فيما يتعلق بالمقعد) وبين عقد المعاولة (فيما يتعلق بعرض التمثيل أو الفناء) .

والغالب امكان تحليل العقد المركب أو المختلط الى عدة عقود مسماة ، فتطبق عليه أحكام هذه العقود ، كل منها في مثل ما وضع له ، فتطبق على العلاقة بين النزيل وصاحب الفندق أحكام الإيجار فيما يتعلق بإقامة النزيل في الفندق ، وأحكام البيع فيما يقدم اليه من أطعمة وغيرها ، وأحكام الوديعة فيما يتعلق بالأمتعة التي يحضرها معه في الفندق .

غير أنه اذا جمع العقد المركب بين عدة عقود تباين أحكامها وتتراحم في المسألة الواحدة بحيث لا يمكن الجمع بينها في تطبيقها ، تعين تغليب أحدها على العقود على غيره وتطبيق أحكامه على العقد المركب .

وتطبيقاً لذلك حكم بأن العقد الذي يتم بين مصلحة التليفون وبين المشترك

معيها ليس عقد إيجار لآلة التليفون بل هو عقد مقاولة تعتبر آلة التليفون من أدوات تنفيذها ، فإذا قطعت المصلحة المذكورة الموصلة التليفونية فليس للتشترك أن يطالب بإعادتها من طريق دعوى استرداد الحيازة . ولا يغير من الأمر شيئا وجود الآلة المذكورة في حفظ المشترك ومسئوليته عما يصيبها من تلف بضمه أو بفعل من هو مسئول عنهم^(١) .

٦ - أهمية عقد البيع - يعتبر عقد البيع أهم العقود المسماة وأقدسها وأكثرها شيوعا .

ولم يسبق البيع في الظهور عند الأمم المختلفة إلا عقد المقايضة . فكان الشخص إذا أتيح ما يفيض عن حاجته من صنف معين وأعوزه صنف آخر يرى المصلحة في أن يقايض غيره سلعة بأخرى . وسرعان ما بدت للناس صعوبة التعويل على المقايضة وخذها وذلك لاختلاف السلع وتفاوتها في القيمة وتباين رغبات الناس في كل منها ، فلجأوا إلى اتخاذ سلعة معينة تقوم بها سائر السلع وتقبل مبادلتها بأي نوع من أنواع السلع الأخرى . ومن هنا نشأت النقود ، لحل البيع محل المقايضة ، وأصبح أهم أداة للتعامل والاتجار في الأمم الحديثة ، لا يستغنى عن إبرامه أحد من الناس . بل أن كلا منا ليرى في كل يوم عددا كبيرا من عقود البيع ، سواء باعتباره بائعا أو مشترى ، فنتعز نشترى كل يوم ما يلزم لطعامنا وشرابنا ولباسنا وعلاجنا ، كما نشترى الجرائد والأقلام والكتب وغيرها من حاجيات الحياة . والتاجر الواحد يعقد في كل يوم مئات من عقود البيع .

أضف إلى هذا ما سيحيى من أن البيع تجتمع فيه خصيصتان تجعلانه

(١) مصر الانشائية ١٢ أكتوبر ١٩٢٧ الحاماة ٨ - ٢٦٦ - ٢٦ ، وأظهر عكس ذلك غولن الجزية ١٧ مايو ١٩٢١ المجلد ٢٢ = ٢٦٦ - ٢٦٦ .

من الناحية القانونية يمثل طائفتين من العقود تعتبران أهم طوائف العقود
جسماً وهي طائفة العقود الناقلة للملكية وطائفة العقود الملزمة للجانبين .

لذلك نعين أن يعنى المشرع بمقد البيع في مقدمة العقود المسماة . لخصص
له الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثانى من التقنين المدنى الحالى
(المواد من ٤١٨ الى ٤٨١) .

٧ - تنظيم عقد البيع فى التقنين الملقى وأهم التعديلات التى أدخلها
عليه التقنين الحالى - كان التقنين المدنى الملقى ينظم البيع فى الفصل الأول
من الباب الثالث المخصص للعقود المسماة . وقد خصه بأحدى وعشرين ومائة
مادة (من المادة ٢٣٥ الى المادة ٣٥٥) موزعة على سبعة فروع : الأول
فى البيع بوجه عام والثانى فى العاقدين والثالث فى المبيع والرابع فى آثار البيع
والخامس فى دعوى تكملة الثمن فى حالة البيع بفن والسادس فى بيع الوفاء
والسابع فى بيع الديون والحقوق المعنوية ، وقد أوجزت المذكرة الايضاحية
لمشروع التقنين الحالى عيوب التقنين القديم فيما يتعلق بالنصوص الخاصة
بالبيع ، فقالت ان التقنين القديم أدمج فى البيع بوجه عام أنواعاً مختلفة من
البيوع كان الأولى فصلها . فبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع فيها وبيع
التركات والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه قد تناثرت أحكامها
متفرقة بين أحكام البيع ، ولم يتفرّد بمكان خاص الا بيع الوفاء وحوالة الحق .

أما البيع بوجه عام فلم يراع فيه التقنين القديم ترتيباً علمياً واضحاً . فقد
خصص الفصل الأول لأحكام البيع ، ولكنه لا يكاد يذكر شيئاً من هذه الأحكام ،
بل هو يعرف البيع ، ويذكر أركانه وأوصافه ، ويبين كيف يكون اثباته ،
ويستعرض حالات معينة من (بيع الجراف والبيع بالتقدير والبيع بشرط
التحجيرة) ، ثم يقرر ان مبروريات العقد على المشتري ، وهذه هي المسألة

الوجبة التي يمكن ادخالها في أحكام البيع . أما المسائل الأخرى فن الواضح أن العنوان الذي وضع لها لا يصدق عليها ، ثم إن كثيراً منها ليس الاستمراراً لاقائمة فيه القواعد العامة ، كالأثبات والبيع المعلق على شرط أو المقترن بأجل والبيع التخييري ، وفي الفصل الثاني الخاص بالمعاقدين ذكر الأهلية والرضا وخيار الرؤية ثم انتقل إلى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع النائب لنفسه . وظاهر أن هذا خلط لاسموع له بين أركان العقد وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن يفرد كل نوع منها بمكان خاص ، كما أورد بيع ملك الغير في الفصل الثالث الخاص بالمبيع ، وكان من الخير إفراذه بمكان خاص ، وخصص الفصل الخامس للفن في البيع وكان الأولى ألا يفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعي عند الكلام في تقدير الثمن .

أما التقنين الحالي فقد قسم الفصل الخاص بالبيع إلى فرعين تناول في أولهما البيع بوجه عام ، وفي الثاني بعض أنواع البيوع كبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركات والبيع في مرض الموت وبيع النائب لنفسه . وقد اتبع في الفرع الأول تقسيماً أقرب إلى المنطق ، فاستعرض في ثلاثة أقسام رئيسية أركان البيع والتزامات البائع والتزامات المشتري ، ونحس بالذكر من أركان البيع المبيع والثمن . أما المبيع فبعد أن قرر وجوب علم المشتري به (وهو ما يجعل محل خيار الرؤية) استعرض في شأنه حالات البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المذاق ، وذكر في الثمن القاعدة الأساسية التي تقضي بأن يكون نقداً مقدراً أو قابلاً للتقدير وفقاً لأسس معينة ثم استطرد إلى الفن على اعتبار أنه يرد قيداً على حرية المتعاقدين في تقدير الثمن .

واستعرض التقنين الحالي بعد ذلك التزامات البائع وهي نقل الملكية والتسليم والضمان . فقرر في الالتزام بنقل الملكية ما هي الأهمال التي يجب

أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام، وكيف تنتقل الملكية في الشيء المبيع جزئاً، ثم استعرض حالة عملية كثيرة الوقوع، هي البيع بثمن مقسط، فين متى يتم نقل الملكية فيها. وفي الالتزام بتسليم المبيع، ذكر على أي شيء يقع التسليم، ثم حدد طريقة التسليم، ثم عرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم، فين على من تقع التبعة. وفي الضمان ميز ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وبين في كل منها متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه.

وقد استعرض التقنين الحالي أخيراً التزامات المشتري، وهي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع. فقرر في الالتزام بدفع الثمن ما الذي يدفعه المشتري، وبين مكان الوفاء وزمانه، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالثمن، واقتصر في الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام، وفي الالتزام بتسليم المبيع على تحديد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذي يتحمل نفقته.

وقد توخى المشرع في التقنين الحالي ألا يقرر حكماً يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة إلا إذا كان فيه شيء من الخفاء، أو كان يحتاج إلى تحديد، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يسترعى له النظر. من ذلك تحديد الأعمال الضرورية لنقل الملكية (المادة ٢٤٨)، ونقل الملكية في الشيء المبيع جزئاً (المادة ٢٤٩)، وبيان الطريقة في تسليم المبيع (المادة ٤٣٥)، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم (المادتان ٤٣٧ و ٤٣٨)، والاتفاق على تعديل الضمان (المادة ٤٤٥ وما بعدها)، وحبس الثمن (المادة ٤٥٧)، وحبس المبيع (المادة ٤٥٩)، وفسخ بيع المنقول لعدم الوفاء بالثمن (المادة ٤٦٩).

وقد أضاف المشرع إلى نصوص التقنين القديم نصوصاً جديدة، وحذف نصوصاً معقدة أو نصوصاً لا فائدة منها، وعدل أحكاماً معينة، وصحح أخطاء وقعت في بعض النصوص.

فمن النصوص التي استحدثها التقنين الحالي حكم البيع بالهيئة (المادة ٤٢٠) ، وتقدير الثمن تبعاً لأسس معينة أو وفقاً للسعر المتداول في التجارة (المادتان ٤٢٣ و ٤٢٤) ، والبيع بثمن مفسط (المادة ٤٣٠) ، وثبوت حق المشتري في ضمان الاستحقاق ولو اعترف وهو حينئذ يبيح المتعرض (المادة ٤٤١) ، وثبوت حق البائع في التخلص من هذا الضمان إذا هو رد للشئ ما دفعه للمستحق توكفاً من استحقاق المبيع (المادة ٤٤٢) ، والتزام البائع فوق ضمان البيوع الخفية بضمان صلاحية المبيع للعمل (المادة ٤٥٥) .

ومن النصوص القديمة التي حذفت لأنها معقدة أو لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة لا فائدة من ذكره النصوص الخاصة بأحكام البيع وما يدخل عليه من الأوصاف (المواد ٢٣٧ و ٢٣٨ و ٢٤٤) ، وبأهلية كل من البائع والمشتري (المادتان ٢٤٦ و ٢٤٧) ، وبعبوب الرضاء (المادة ٢٤٨) ، وبالبع للأعمى (المادة ٢٥٣) ، وبالشروط العامة لحل الالتزام (المادة ٢٥٩) ، وبالأثر الرجعي للشرط (المادة ١٦٩) ، وبظهور العيب في بعض الأشياء المبيعة دون البعض الآخر (المادتان ٣١٦ و ٣١٧) ، وبحدوث عيب جديد في المبيع بعد العيب القديم (المادة ٣٢٣) ، وبهلاكة بسبب عيب جديد أو بمحادث تهرى (المادة ٤٠١ مختلط) .

ومن الأخطاء التي وقع فيها التقنين القديم وصححها التقنين الجديد ما يتعلق بقبة الهلاك قبل التسليم في البيع بالتقدير (المادة ٢٤١ قديم) ، وببيع المريض مرض الموت (المادتان ٢٥٥ و ٢٥٦) . وينقل الملكية بالتسليم في المنقول (المادة ٣٦٨ قديم) ^(١) .

(١) انظر في ذلك مسألة المذكورة الأضحية في مجموعة الأعمال الصخرية لتبنيان الموتى الحالي

٨ - تضم دراسة عقد البيع - وسنتبع الترتيب الذى اتبعه التقنين الحالى فى تنظيم هذا العقد ، فندرس فى القسم الأول الأحكام العامة لعقد البيع ونخصص فى هذه الدراسة بابا لأركان البيع ، وآخر لآثاره ، ثم ندرس فى القسم الثانى بعض أنواع البيع التى ميزها القانون بأحكام خاصة وهى بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركات والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه .

القسم الأول

في البيع بوجه عام

فصل تمهيدى

فى التعريف بالبيع وخصائصه

٩ - تاريخ عقد البيع - كان البيع عند الرومان يترتب عليه التزام البائع
بتمكين المشتري من حيازة المبيع الحيازة الأصلية التى تثبت عادة للمالك
ومن الانتفاع به انتفاعا هادئا ، ولم يكن يترتب عليه انتقال الملكية من
البائع الى المشتري ، ولا حتى مجرد التزام البائع بنقل الملكية ، لأن الرومان
كانوا يعتبرون أن الغرض من عقد البيع يتحقق بمجرد تمكين المشتري من
حيازة المبيع حيازة أصلية لأعرضية وانتفاعه به دون تعرض من أحد ، ولم
يكن انتقال ملكية المبيع الى المشتري فى نظرهم المهدف الرئيسى من عقد البيع ،
ولكن ليس معنى ذلك أنهم كانوا يعتبرون عقد البيع غير ذى صلة بانتقال
الملكية بل انهم بالعكس من ذلك كانوا يابون اعتبار العقد بعبء اذا اتفق فيه
على أن لا تنتقل الملكية الى المشتري ، فكان ذلك دليلا على أنهم يعدون
انتقال الملكية من طبيعة العقد ولو أنه ليس من مستلزماته .

وبعبارة أخرى لم يكن يترتب على البيع انتقال الملكية ولا حتى التزام
البائع بنقل الملكية ، ولكن كان يقنأى مع طبيعة البيع أن ينص فى العقد
على أن يبقى البائع مالكا وأن لا تنتقل الملكية الى المشتري . ففى مكن البائع
المشتري من حيازة المبيع حيازة أصلية هادئة ، فقد وفى بالتزاماته الناشئة من
البيع ولم يكن للمشتري أن يطالبه بنقل الملكية أو بأى شىء آخر ما دام
لم يتعرض له أحد فى حيازته ، الا اذا كذب قد اتفق فى العقد صراحة على
التزام البائع بنقل الملكية الى المشتري . ومتى وافق البائع على نقل الملكية
— وسواء كان قد التزم بذلك صراحة فى العقد أو لم يلتزم — كان لا بد فى نقل

الملكية من اتباع اجراءات وأوضاع خاصة ، كالاجراء الشكلى المسمى
الاشهاد *mancipatio* والتنازل القضائى *in jure cessio* والتسليم *traditio* .
وانتقلت فكرة البيع هذه من القانون الرومانى الى القانون الفرنسى
القديم . غير أن الفرنسيين لم يستبقوا من الأساليب التى كان يمكن بها نقل
الملكية بعدالمقد الا أسلوب التسليم . فكانوا يعتبرون أن الالتزام بالتسليم
هو الالتزام الرئيسى فى عقد البيع ، ولكنه متى تم تنفيذه ترتب عليه انتقال
الملكية الى المشتري ، أى أن قيام البائع بتسليم المبيع الى المشتري كان يعتبر
وفاء بالالتزام بالتسليم وفى الوقت ذاته اجراء ناقلا الملكية الى المشتري ،
بحيث لا يكون للمشتري بعد تسلمه المبيع أن يطالب البائع بشئ . مادام
لم يتعرض له أحد ، ولو كان البائع قد التزم صراحة بنقل الملكية اليه .

على أن العمل جرى فى القانون الفرنسى القديم على تسهيل انتقال
الملكية من البائع الى المشتري باختزال اجراء التسليم الذى كان يترتب
عليه هذا الانتقال بوجوه شتى انتهت به الى أن يصير تسليما صورياً ، ذلك
بأن يستعاض فى نقل الملكية - عن التسليم الفعلى - بمجرد النص فى العقد
على أن البائع قد تخلى عن المبيع وأن المشتري قد تسلمه *clause*
de dessaisine-saisine

وقد لاحظ واضعو التقنين المدنى الفرنسى أن هذا النص قد شاع ادراجه
فى جميع عقود البيع حتى صار شرطاً مألوفاً لا يخلو منه عقد *clause de style*
وبالنالى أن انتقال الملكية أصبح يتم بمجرد انعقاد البيع ، فأرأوا اقرار هذه
النتيجة التى اتجهت اليها رغبة المتعاملين جميعاً والاستغناء عن الوسيلة القديمة
التي اعتاد المتعاقدون أن يتوسلوا بها الى هذه النتيجة ألا وهى النص فى العقد
على حصول التخلية والتسليم ، فاقترض المشرع الفرنسى الحديث وجود
هذا النص فى كل بيع ورتب على العقد انتقال الملكية فوراً ، اذ نص فى
المادة ١١٣٨ على أن الالتزام بتسليم شئ يتم بمجرد تراخى الطرفين

ويجعل الدائن مالكا . . . ، أى أن التسليم الذى كان يترتب على حصوله فى عهد القانون القديم انتقال الملكية من المدين الى الدائن يعتبر حاصلا بمجرد التعاقد ، وبناء على ذلك يتم انتقال الملكية من وقت التعاقد .

١٠ - تعريف البيع فى التقنين الفرنسى - غير أن المشرع الفرنسى بالرغم من ذلك لم يتمكن من أن ينفص عن نفسه أثر الفكرة الرومانية نفصاً تاماً ، فبدأ هذا الأثر واضحاً فى تعريفه البيع فى المادة ١٥٨٢ بأنه « اتفاق يلتزم بموجبه أحد العاقدين أن يسلم شيئاً ويلتزم العاقد الآخر أن يدفع الثمن » . وكان ينبغي بعد اقرار المبدأ الذى نص عليه فى المادة ١١٣٨ سالفه الذكر أن يعدل تعريف البيع بما يفيد أنه عقد ينقل الملكية أو على الأقل عقد ينشئ التزاماً بنقل الملكية ولا يقتصر على انشاء التزام بالتسليم . على أن المادة ١٥٨٢ قد أوضحت الأمر وبددت كل شك فى قصد المشرع حيث نصت على « أن البيع يكون تاماً وأن الملكية تنتقل الى المشتري فى مواجهة البائع بقوة القانون من وقت الاتفاق على المبيع والثمن ولولم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن » .

وبتقريب هذا النص من النص السابق عليه يتبين أنه ليس يكفى فى تعريف البيع القول بأنه اتفاق ينشئ التزاماً بتسليم شيء وأنه يجب تعريفه بأنه اتفاق ينقل ملكية شيء .

غير أنه يرد على هذا التعريف تحفظ يرجع الى أن بعض البيوع لا ينقل الملكية بل يقتصر على انشاء التزام بنقلها ، وذلك كبيع المثليات وبيع الأشياء المستقبلية .

١١ - تعريف البيع فى الشريعة الإسلامية - يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية البيع بأنه مبادلة مال بمال ، فهم لا يفرقون بين البيع والمقايضة لأن البيع عندهم اما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع

العين بالعين وهو المقلضة ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع الدين بالدين وهو السلم . وقد عرفته المادة ٣٤٣ من مرشد الحيران بأنه وتمليك البائع مالا للشترى بمال يكون ثمناً للبيع .

وظاهر من ذلك أن تعريف الشريعة الاسلامية للبيع يفيد أن البيع ينقل الملكية بذاته ولا يقتصر على انشاء التزام بنقل الملكية أو التزام بتسليم المبيع . وهو بذلك أقرب الى أداء الفكرة الصحيحة عن البيع في القانون الفرنسى الحديث من التعريف الذى نصت عليه المادة ١٥٨٢ مدنى فرنسى .

غير أنه يلاحظ على تعريف الشريعة الاسلامية البيع أنه لا ينطبق على بيع المثليات ولا على بيع الأشياء المستقبلية فى الأحوال التى يجوز فيها هذا البيع ، لأن المثليات المبيعة لا تنتقل ملكيتها الا بفرزها ، ولأن الأشياء المستقبلية لا تنتقل ملكيتها الا بعد وجودها ، فلا يترتب على البيع فى هاتين الحالتين سوى انشاء التزام بنقل الملكية .

١٢ - تعريف البيع فى القانون المصرى - تأثر المشرع المصرى بما وجه من نقد الى تعريف البيع فى كل من القانون الفرنسى والشريعة الاسلامية ، فتفادى النقد الموجه الى تعريف القانون الفرنسى بأن جعل الالتزام الرئيسى الذى يميز عقد البيع ليس الالتزام بتسليم شئ بل الالتزام بنقل الملكية ، وتقادى النقد الموجه الى تعريف الشريعة الاسلامية فلم يعرف البيع بأية مبادلة أو تمليك ما دام هذا التعريف لا ينطبق على جميع البيوع بل عرفه فى المادة ٣٣٥ / ٣٠٠ من التقنين المدنى القديم بأنه "عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ . للآخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما" .

وقد لوحظ على هذا التعريف أولاً أنه يقتصر على البيع على ملكية الأشياء فقط فى حين أنه لا مانع من وجود البيع على أى حق مالى آخر غير

ملكية الأشياء ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حقوق الدائنية أو حق الملكية الأدبية . فتدرك المشرع ذلك في التقنين الحالي حيث عرف البيع في المادة ٤١٨ منه بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للبشترى ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

وظاهر أن هذا التعريف يمتاز على سابقه بأنه ينص صراحة على أن البيع يرد على أى حق مالى سواء كان حق ملكية شيء أو غير ذلك من الحقوق المالية ، وعلى أن الثمن الذى يلتزم به للبشترى يجب أن يكون مبلغاً من النقود ، والا فأن العقد لا يعتبر بيعاً بل مقايضة .

ولكن يلاحظ على هذا التعريف وسابقه أنهما لا يثبتان عن أهم أثر يترتب على البيع في القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد المقدمع أن التقنين الملغى قد نص صراحة على هذا الأثر في المادتين ٩١ / ١٤٥ و ٩٢ / ١٤٦ ، كما نصت عليه المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى الحالي حيث قضت بأن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل^(١) .

ولعل ما حدا المشرع الى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يترتب

(١) أنظر في مسطرة هذه الملاحظة منصور مصطفى منصور في البيع والمقايضة والإيجار نذرة ٩ ص ١٤ : السهوري في الوسيط ج ٤ هامش ص ٢٢ . وتقوم معارضتهما على أساس أن انتقال الملكية ليس أثراً لبيع بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينفثه البيع . وانظر عكس ذلك عبد الحميد الحكيم في بحث له بعنوان هل يمكن أن يوجد التزام بنقل الملكية وهل يمكن أن يكون للالتزام أثر ، في مجلة القضاء الرأية ، بتداع عدو حزيران ١٩٦٦ حيث يرى أن العقد هو الذى ينقل الملكية وأنه لا محل لقول بوجود التزام بنقل الملكية . ونرى أن كلام هذين الفريخين نظر الى أحد نوعي البيع دون النوع الآخر ، فلهذا قلنا في المتن أن البيع نوعان أحدهما ينقل بذاته الملكية بحيث لا يبق له عمل لقول به هو التزام بنقل الملكية ، والثاني لا ينقل بذاته الملكية فيترتب عليه التزام بنقلها . والأول هو الثابت أو الأصل . وكلفه وعدنا لو أن تعريف البيع يوجب علم بنية عن غايته هذا الأصل أو النوع الثابت .

عليه هذا الأثر ورغبته في وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيع . غير أن هذين السببين لا يبرران إعمال ذلك التحول العظيم الذي طرأ على آثار البيع في القانون الحديث ، فقد صار الأصل أن يقصد بالبيع نقل الملكية فوراً إلا في بعض البيوع التي لا تسمح طبيعتها بذلك ، بل يمكن القول أن البيع قد صار في القانون الحديث نوعين : أحدهما ينقل بذاته ملكية المبيع إلى المشتري ، والثاني يقتصر على أن ينشئ في ذمة البائع التزاماً بنقلها .

١٣ - **غمائن عقد البيع** - يخلص مما تقدم أن البيع عقد رضائي ، ملزم للجانبين ، وأنه عقد معاوضة ، محدد القيمة ، ناقل للملكية أو على الأقل منشئ التزاماً بنقل الملكية . وأنه عقد ينتج أثره حال حياة عاقيه أي أنه ليس من الأعمال القانونية المضافة إلى ما بعد الموت .

١٤ - (١) **عقد البيع عقد رضائي** - فهو عقد رضائي *consensuel* لأنه يتم بمجرد اتفاق الطرفين ، ولا يحتاج انعقاده إلى أي إجراء شكلي ، أي أنه يتم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين أيا كانت طريقة هذا التبادل ، كتابة كانت أو مشافهة أو إشارة الخ .

ويستثنى من ذلك بيع السفن البحرية إذا اعتبره المشرع عقداً شكلياً ونص في المادة ٣ من قانون التجارة البحرية على أن « بيع السفينة كلها أو بعضها اختيارياً يلزم أن يكون بسند رسمي سواء حصل قبل السفر أو في أثناءه والا كان البيع لاغياً . . . » .

وإذا كان يطلب في العمل تدوين عقد البيع في عرر ، فذلك ، إلا لاثبات التعاقد لا لإبرامه ، أي أن المحرر يعتبر أداة إثبات فقط لا إجراء شكلياً لازماً لانعقاد العقد . فإذا كان العقد معترفاً به فإنه يعتبر له وجود قانوني ولو لم يكن ثابتاً بالكتابة .

وينطبق ذلك حتى على بيع العقار ، فإن تخيم تسجيله وفقاً لقانون الشهر

العقارى يقتضى مدونه فى محرر لأن التسجيل لا يرد على العمل القانونى فى ذاته negotium بل على المحرر المثبت له instrumentum وقد تار الشك عقب صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ حول طبيعة التسجيل ، فظن البعض أن المشرع اعتبره ركنا شكليا فى عقد البيع وأنه اعتبر العقد غير المسجل بمثابة وعد بالبيع لا ينشئ الا التزامات شخصية . ولكن هذا الشك ما لبث أن تبدد وانعقد الاجماع على أن ذلك القانون لم يغير من طبيعة البيع الرضائية وأنه انما اشترط التسجيل لنقل الملكية فحسب ، وصار مسلما أن بيع العقار ينعقد كبيع المنقول بمجرد التراضى ، ولا تعتبر الكتابة الا أداة اثبات للعقد تجعله صالحا للتسجيل^(١) . فاذا لم يدون بيع العقار فى محرر ، جاز اثباته من طريق الاقرار أو البين أو غيرها وفقاً لقواعد الاثبات ، وقام الحكم المثبت له مقام المحرر الذى يصدر من الطرفين من حيث التسجيل^(٢) .

على أن صفة البيع الرضائية ليست متعلقة بالنظام العام، فيجوز للعاقدين أن يتفقا على أن لا ينعقد البيع بينهما الا فى شكل يعيناه لذلك كمدونه فى ورقة رسمية أو عرقية . وفى هذه الحالة لا يكون العقد رضائياً أى لا يكتفى فى انعقاده بمجرد رضا الطرفين ، ولا ينعقد الا باستيفاء الشكل المتفق عليه . غير أن الأمر يلقى اذا اتفق الطرفان على وجوب تدوين عقدهما فى محرر ولم يذكر أن العقد لا يعتبر منعقداً الا بتوقيع هذا المحرر، ولم يمكن الاستدلال

(١) انظر نفس مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة القواعد القانونية ١-١٤٣-٧٣ المجموعة ٣٤ ولم ١٥ يونيو سنة ١٩٣٦ بمجموعة القواعد القانونية ١-١١٥-٣٧٤ ، استئناف مصر ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ ولم ٢١ .

(٢) ومن هذا القبيل أيضا اشتراط كتابة رسمية أو عرقية مصدق عليها فى بيع المحال التجارية (المادة الاولى من القانون رقم ١١ سنة ١٩٤٠) وفى بيع السيارات لامكان حمل وخضتها الى المقررى (المادتان ١٠٦ ، ١١٤ من قرار وزير الداخلية بتنفيذ أحكام القانون رقم ٤٤٩ سنة ١٩٥٥)

أثباتاً قسداً ذلك، أفعتبر المحرر في هذه الحالة ركناً مشروطاً لانقضاء العقد، يعتبر مشروطاً للاثبات فقط؟ كان مشروع تنقيح القانون المدني يتضمن ما يواجه به هذه المسألة ويقضى بأن يفترض عند الشك أن الماعدين هذا أن لا يتم التعاقد بينهما إلا بتدوين العقد وتوقيعه منها (المادة ١٤٩ من مروع). ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لامكان الاستثناء عنه . أما على ذلك لا تكون ثمة أى قرينة قانونية وتبين على القاضى أن يبحث كل حالة عن الية الحقيقية للماعدين دون تعقيب عليه من محكمة النقض أم قدبنى ما استنتجته على اعتبارات مقبولة تبرره (١) .

وإذا روعى أن هذا النص كان يتضمن خروجاً على القواعد العامة تعتبر أن الأصل فى العقود الرضائية ، وجب بعد حذفه تغليب حكم القواعد العامة والقول بأن العقد ينمقد ويجوز اثباته عند عدم الكتابة يقوم مقامها من اقرار أو يمين .

وفى ما يتعلق بالاثبات يخضع البيع للقواعد العامة فتجوز فيه البيعة اذا عاوز قيمة المبيع عشرة جنيهات ما لم يتفق الماعدان على ذلك ، ويجب ثبات بالكتابة اذا جاوزت قيمة المبيع هذا القدر ما لم يتفق الماعدان على ان الاثبات بالبيعة .

١٥ - (ب) عقد البيع غير ملزم الجانبين - وهو عقد ملزم الجانبين synallagmatic لأنه بمجرد انعقاده ينشئ التزامات فى ذمة البائع وأخرى نعمة المشتري، أى أن ارادة كل من طرفيه تنجعه نحو الزام صاحبها بالتزامات

(١) على مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ بموجبه القواعد القانونية ٢٧١-٢٣٨-٤ جاء فيه أن ثمة الماعدين يستخلصها الماعضى من تصوير العقد وملاباته . فإذا هو استخلص الإقرار أن الماعدين لم يجعلا تحرير العقد الرسمى شرطاً لانقضاء البيع بل هما قد علقا عليه له الملكية الى المعترى وبني ذلك على اعتبارات مقبولة تبرره ، فلا وجوب عليه فى ذلك .

معينة ، وإن ذلك يضمن أن يكون الحقل من هاتين الإرادتين اللتين تلزمان سبب مشروع . ويجوز ارتباط بين التزامات البائع والتزامات المشتري ، فإذا وقع التزام أحد الطرفين بإطلا لا ي سبب من أسباب البطلان يطل أيضاً التزام الطرف الآخر ، وإذا انقضى التزام أحدهما باستحالة الوفاء مثلاً انفسخ العقد وانقضى التزام الطرف الآخر . وإذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر أن يمتنع هو أيضاً عن تنفيذ التزاماته أو أن يطلب فسخ العقد ليحلل منها .

ويترتب أيضاً على تعدد الالتزامات من الجانبين أن يكون لكل منها عمله . فالتزامات البائع تدور كلها حول المبيع فيعتبر المبيع محلاً لعقد البيع . أما التزامات المشتري فأمورها دفع الثمن ، ولذلك يعتبر الثمن محلاً لآخر لعقد البيع . فإذا ما درسنا محل عقد البيع تعين علينا أن ندرس المبيع والثمن كلا منهما على حدة .

١٦ - (٢) عقد البيع عقد معاوضة - وهو عقد معاوضة

contrat a titre onéreux لأن كلا من طرفي العقد يأخذ مقابل ما يلتزم به ، فيعتبر البيع من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ويحتاج فيه إلى أهلية التصرف ، ويكون الشيء المميز بالنسبة إليه ناقص الأهلية ، ولا يجوز فيه الوكالة إلا إذا كانت خاصة . وهو يختلف في ذلك عن الهبة لأنها تبرع ، أي عمل ضار ضرراً محضاً ، ويكون الشيء المميز بالنسبة إليها معدوم الأهلية ولا تكن فيها الوكالة الخاصة بل لابد فيها من وكالة محددة . ويختلف عن الإيجار في أن الأخير يعتبر من أعمال الإدارة التي تثبت أهليتها للشيء المأذون وتجهز فيها الوكالة العامة .

وتنقسم عقود المعاوضة إلى عقود محددة القيمة commutative وعقود

احتمالية aleatoires .

١٧ - (د) عدم البيع عدم محمد القميز - والأصل في البيع أنه عقد محدد القيمة ، لأن كلا من عاقديه يعلم أو يستطيع أن يعلم سلفاً ، أى من وقت العقد ، قيمة الالتزام الذى يتعهد به وقيمة الحق الذى يكسبه من العقد . على أن هذه الصفة ليست من مستلزمات البيع ، فيكون البيع عقداً احتمالياً إذا ربط الطرفان أحد الالتزامات الناشئة من العقد بمحدث غير محقق ، كما إذا جمعا الثمن إيراداً مدى الحياة ، فان مقدار الثمن يكون في هذه الحالة مرتبطاً بمدى حياة البائع وهو أمر غير ممكن تحديده وقت العقد . فان طال حياة البائع زاد الثمن الذى يدفعه المشتري والعكس بالعكس .

وتظهر أهمية اعتبار البيع عقداً محدداً أو عقداً احتمالياً في تطبيق أحكام الغبن ، فان هذه الأحكام تطبق على العقود محدة القيمة دون العقود الاحتمالية .

١٨ - (هـ) عدم البيع عدم ناقل الملكية - والبيع أخيراً عقد ناقل الملكية أو على الأقل منتهى . التزامات بنقل الملكية . فان تعريف البيع في القانون الحديث يفيد أن أهم آثاره انشاء التزام في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري . فيعتبر هذا الالتزام من طبيعة البيع بوجه عام ومن مستلزماته بحيث لا يكون بيع دون نشوء هذا الالتزام . غير أن المشرع اذ نص في المادة ٢٠٤ مدنى - وفيما يقابلها من مواد القانون القديم والقانون المدنى الفرنسى - على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم . . . » ، قد جعل الأصل في البيع أن لا يقتصر أثره على انشاء التزام بنقل الملكية بل أن ينقل الملكية من تلقاء نفسه أى أنه جعل البيع ليس منشئاً لالتزامات شخصية لحسب بل ناقلاً للملك بذاته . واذا كان المشرع قد استثنى من ذلك بيع الأشياء غير المملوكة للبائع ، فيجب أن يضاف أيضاً الى هذين الاستثناءين بيع الأشياء المستقبلية وبيع العقارات . غير أنه اذا كان البيع في هذه الأحوال المستثناة لا يرتب عليه انتقال الملكية بمجرد

الراضى فلا نزاع في أنه ينشئ في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية وفي أنه يجب على البائع أن يقوم بالأعمال اللازمة لتنفيذ هذا الالتزام .

١٩ - (د) عقد منجز مال حياة العاقدين - والبيع أخيراً عقد ينتج أثره حال حياة عاقدين . وإذا جاز تعليق آثاره كلها أو بعضها على أجل ، فإنه لا يجوز إضافتها إلى موت البائع لأن تصرف البائع يكون في هذه الحالة الأخيرة وارداً على جزء من تركه مستقبلة فيقع تحت المنع الوارد في المادة ١٣١ فقرة ثانية .

على أنه إذا ثبت في هذه الحالة أن البيع قد تم دون مقابل أمكن اعتباره في بعض الأحوال وصية وفقاً لما سيجيء في بنده ٢٩ وإنما يشترط في ذلك أن يكون انتقال الملكية بجميع عناصرها مضافاً إلى ما بعد موت البائع . أما إذا نص في العقد على أن البائع ينقل فوراً إلى المشتري ملكية الرقبة ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع مدة حياته فلا يعتبر العقد مضافاً إلى ما بعد الموت ولا يقع باطلاً^(١) . وغاية الأمر أنه إذا كان صادراً لاحد الورثة أمكن اعتباره وصية إذا توافرت فيه شروط المادة ٩١٧ .

٢٠ - اختلط بعض العقود بعقد البيع - بالرغم من وضوح خصائص البيع بوجه عام ، فقد تعرض حالات يندرج فيها تكييف العقد من حيث اعتباره بيعاً أو غيره من العقود المسماة ، لاختلاط العقد فيها بالبيع من بعض النواحي وبغيره من نواحي أخرى . ولا شك أن لتكييف هذه العقود

(١) وقد قررت محكمة النقض أن التصرف المنجز حال صحة التصرف حتى لو كان بغير عوض ومقصوداً به حرمان بعض الورثة هو تصرف صحيح متى استوفى شكله القانوني . فإذا سلمنا أن عقد البيع المتنازع عليه قد صدر منجزاً في حياة البائع ومن شخص فيه أهلية التصرف ومستوفياً لكل الاجراءات التي يقتضيها القانون في مثله وسجل قبل وفاة البائع بزمن طويل ، فهو عقد صحيح لا يطن عليه سواء باعتباره عقد بيع حقيقي أو باعتباره عقد بيع استرجعي ، ولا يجوز المطالبة بإبطاله تأسيساً على أنه قد قصد به حرمان وراثي وأن المايل من قواعد الميراث يطال العقود . (حتى ٢٩ يونيو ١٩٣٨ الحامدة ١٩-٣٦٣-١٥٦) .

أهمية كبرى إذ يتوقف عليه تطبيق أحكام البيع على هذه العقود أو تطبيق أحكام أخرى عليها .

ومن أمثلة ذلك الأحوال الآتية :

٢١ - أحوال افتتحت البيع بالاجار - يرجع بعض هذه الأحوال الى طبيعة العقود عليه ويرجع بعضها الآخر الى شروط التعاقد .

٢٢ - (١) أحوال افتتحت البيع بالاجار التي ترجع الى طبيعة العقود عليه -

تقدم أن البيع بطبيعته ناقل الملك أى أن الغرض منه نقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري وأنه يفترض وجود حق قائم في ذمة البائع يراد نقله هو ذاته الى المشتري . أما الاجار فلا ينقل حقا قائما في ذمة المؤجر الى ذمة المستأجر ، بل يقتصر على أن ينشئ في ذمة الأول التزاما لمصلحة الثاني يقابله حق شخصي للأخير ، وعمل هذا الالتزام أو الحق الشخصي تمكن المستأجر من الانتفاع بعين معينة - سواء كانت مملوكة للمؤجر أو لغيره - . وسواء كان هذا الانتفاع كلياً أو جزئياً حسب الاتفاق الوارد في عقد الاجار ، وبعبارة أخرى فإن محل عقد البيع نقل حق ثابت للبائع الى المشتري . أما محل عقد الاجار فهو انشاء التزام في ذمة المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بحق ثابت للمؤجر أو لغيره دون نقل هذا الحق ذاته الى المستأجر .

ولا وجه للالتباس بين البيع والاجار اذا كان العقود عليه مالا مادياً ، أى حق ملكية شئ مادي ، وذلك لوضوح الفرق بين اتجاه قصد العاقدين الى نقل الملكية أو اتجاهه قطع الى الزام المالك بتمكين العاقد الآخر من الانتفاع بالشئ مدة معينة مع بقاء ملكيته لصاحبها .

غير أن الأمر يبدق اذا كان العقود عليه ليس مالا مادياً بل مالا معنوياً وبعبارة اذا كان حقاً شخصياً يخول للصفة كالحق في أخذ ثمار العين أو حاصلاتها مدة معينة ، حينئذ يختلط البيع بالاجار ويصبح تكييف العقد أمراً غير هين

مع أنه لا مناص منه لتعيين الأحكام التي تنطبق على المقعد، أي أحكام البيع أم أحكام الإيجار؟ فإن كانت الأولى، كان البيع قابلاً للإبطال إذا لم يكن البائع مالكا، وانتهى حق المشتري بانتهاء المدة المتفق عليها، وكان للبائع حق امتياز على المبيع. أما إن كانت الثانية، كان المقعد غير قابل للإبطال بسبب عدم ملكية المؤجر للمقعد عليه، وكان قابلاً للتجديد بعد انتهاء مدته تجديداً ضمياً، ولم يثبت للمؤجر حق امتياز البائع بل يثبت له فقط امتياز المؤجر إذا كان المقعد عليه عقاراً. ومن المعلوم أن امتياز البائع يختلف عن امتياز المؤجر في مداه وفي أحكامه^(١).

فاذا خول شخص إلى آخر الحق في جني ثمار عين معينة أو في أخذ حاصلاتها مدة محددة في مقابل جعل ثابت. أيعتبر هذا العقد بيعاً أم إيجاراً؟ لقد اختلفت الشراح والمحاكم في تعيين الضابط الذي يعول عليه في تكييف مثل هذا العقد (٢).

فذهبت المحاكم الفرنسية وبعض الشراح إلى وجوب التفرقة بين العقد الذي يخول الحق في أخذ الثمار *fruits* والعقد الذي يخول الحق في أخذ الحاصلات *produits* فيعتبر الأول إيجاراً والثاني بيعاً^(٣). ولكن لوحظ على ذلك أنه في العقد الوارد على الثمار لا مانع من أن تتجه نية المالك إلى بيع الثمار ذاتها لا إلى مجرد الالتزام بتمكين الطرف الآخر من أخذ غلة العين، كما أن المقعد الوارد على الحاصلات يمكن اعتباره إيجاراً إذا كان أخذ هذه

(١) أنظر كتابنا في التأمينات المبيفة ط ٢ سنة ١٩٥٩ ص ٥٧٣ و ٦١٠.

(٢) أنظر في ذلك تعليق بيكيه *Beccue* على قضا مدني فرنسي ١٢ يناير سنة ١٩٥٤ مجلة الاسبوع القانوني ١٩٥٤ ج ٨٠٢٦ بشأن التفرقة بين الإيجار وعقد امتياز استعراج الأحجار من محجر.

(٣) في هذا المعنى بودري لاكاتيزي وقامل، في الإيجار نبذة ٧٨١ ص ٤٤٨ والأحكام المعاري إليها في المامش ١ منها، أوبري وروجه ص ٢٧٨ ملحق ورقة ٣، بلانول وروبييه وقامل ج ١٠ نبذة ٣ ص ٥، السنيوري في الوسيط ج ٦ نبذة ٤ وفي الوسيط ج ٤ ص ٢٧.

الحاصلات هو الطريق الطبيعي لاستغلال العين^(١) .

وذهب فريق آخر الى أن الممول عليه ما اذا كان المالك ينزل الى الطرف الآخر عن الثمار ناضجة ومعدة للنقل فيكون العقد بيعاً ، أو كان نزوله عنها مقترناً بالتزام المتنازل اليه بالعمل على انماؤها وانضاجها وحصدها فيكون العقد إيجاراً^(٢) . ولكن لوحظ على ذلك أنه لا مانع من أن يلتزم المشتري في عقد البيع بالقيام ببعض الأعمال اللازمة لإنتاج المبيع^(٣) .

وذهب آخرون الى أن الممول عليه في اعتبار مثل هذا العقد بيعاً أو إيجاراً طبيعة الآثار التي تترتب عليه ، فإن كان من شأنه أن ينقل ملكية حق ثابت من قبل في ذمة المنصرف ، كان بيعاً . وإن اقتصر على انشاء التزام في ذمة المنصرف بتمكين المنصرف اليه من أخذ الثمار أو الحاصلات ، فهو إيجاراً^(٤) . ولكن يؤخذ على ذلك أن الآثار التي تترتب على عقد ما ليست سوى نتيجة لإتجاه إرادة العاقدین اليها وأن المسألة كلها تنحصر في معرفة ما اتجهت اليه إرادة العاقدین .

لذلك أرى ان العبرة بقصد العاقدین وأن الآثار التي لا يكون ثمة شك في إتجاه قصدهما اليها يمكن أن يستدل بها على تكييف العقد للاستعانة بهذا التكييف على تنظيم الآثار التي لم يثبت إتجاه قصدهما اليها . وبعبارة أخرى ان ظروف التعاقد وأحكامه الواضحة يمكن اعتبارها قرائن قضائية مؤقتة على حقيقة التكييف الذي اتجهت اليه إرادة العاقدین ، بمعنى أنها ترجع أحد التكييفين على الآخر الى أن يثبت العكس^(٥) .

(١) قارن في هذا المعنى جيووار ج ١ بقعة ١٤ .

(٢) ظهل في تطبيقه في سبقي ١٩١٢ - ١ - ٤١٣ على حكم قضى ١٣ ديسمبر

١٩٠٩ .

(٣) السهورى في الوسيط ج ٤ ص ٢٨ .

(٤) بيدان ويريت دى لاجريس ، الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ بقعة ٤٦٣ .

(٥) في هذا المعنى السهورى في الوسيط ج ٤ ص ٢٨ .

فثلاً يعتبر ورود العقد على الحق في أخذ الحاصلات - وهي غير متجددة - قرينة على أنه بيع مالم يثبت من ظرف آخر أن العاقدین اتجعت ارادتهما الى الايجار وآثاره ، وبالعكس من ذلك يعتبر ورود العقد على الحق في أخذ ثمار الأرض كلها - وهي متجددة - قرينة على أنه قصد به الايجار لا البيع . فإذا كان محل العقد نوعاً معيناً من الثمار فقط كان الراجع أن العقد بيع الا اذا كان المتصرف اليه قد تعهد بإتمام هذه الثمار وانضاجها على نفقته ، فإن ذلك يرجح الايجار على البيع . واذا اتفق على تقدير المقابل جملة وعلى دفعه مرة واحدة كان الراجع أن العقد بيع ، واذا اتفق على مقابل للثمار عن كل مدة وعلى دفع ما يقابل كل مدة في نهايتها أو عند بدئها ، رجح ذلك قصد الايجار على قصد البيع .

ومن قبيل العقود التي يختلط فيها البيع بالايجار بسبب المعقود عليه النزول عن الايجار والتأجير من الباطن ، فإن الأول يعتبر بيعاً والثاني ايجاراً وكثيراً ما يقع الخلط بينهما ، فيرجع في تكييف العقد الى قصد العاقدین حسبما تقدم . وعمل بحث هذه المسألة في شرح عقد الايجار (١)

٢٣ - (ب) أموال افتتحت للبيع بالاجار التي ترجع الى شروط التعاقد - قد يقع الخلط بين البيع والايجار لا بسبب المعقود عليه كما تقدم بل بسبب شروط التعاقد والأحكام التي اتفق عليها العاقدان كما في الايجار الذي يقصد به البيع Location-vente وصورته أن يتفق تاجر الراديو مثلاً على أن يؤجر الى عميله مذياعاً مدة سنة بأجرة شهرية قدرها ثلاثة جنيهات ، وعلى أنه اذا وفي المستأجر التزاماته بكاملة تملك المذيع في نهاية السنة دون أن يدفع شيئاً آخر .

وسأى أن هذا الاتفاق يشبه البيع في أنه يؤدي الى نقل ملكية المذيع في مقابل ممن يدفع أقساطاً شهرية ، وأنه يشبه الايجار في أنه لا ترتب عليه

(١) راجع كتابنا في عقد الايجار ط ٣ - سنة ١٩٦٨ نبذة ٢٣٩ وما جمعا ص ٥٢٦ وما بعدها .

فوق انعقاده تمليك بل مجرد تمكين من الانتفاع ، وفي أن فسخه لاخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته كلها أو بعضها لا يترتب عليه وجوب إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد بل يحتفظ كل من الطرفين بالفائدة التي طادت عليه في الماضي من تنفيذ العقد .

وقد اختلف الشراح والمحاكم أيضاً في تكييف هذا العقد بأنه بيع أو إيجار ، ثم حسم التقنين المدني الحالي هذا الخلاف باعتبار العقد بيعاً معلقاً على شرط (انظر ماسيجي . في تبذة ٤٤) .

٢٤ - استثناء البيع بعقد المعاوضة - المعاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي حملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (المادة ٦٤٦) . ويجوز أن يقتصر المفاوض على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله ، كما يجوز أن يتعهد المفاوض بتقديم العمل والمادة معاً (المادة ٦٤٧) ، وفي هذه الحالة الأخيرة يشبهه عقد المعاولة بعقد البيع اذ من السهل أن يعتبر المفاوض باماً المواد التي يستخدمها في العمل . وقد ذهب أغلبية الفقه والقضاء في هذا الشأن الى اعتبار الأصل في الحالات التي يتعهد فيها المفاوض بتقديم مادة العمل أن العقد بيع ، الا اذا كانت قيمة المادة أو المهمات المستعملة ثانوية بالنسبة الى عمل المفاوض ، فالترزى الذي يحبك لعمله ثوباً يتعهد دائماً بتوريد الموارد الأولية البسيطة كالخيط وغيره ، ويتعهد أحياناً بتقديم قماش الثوب ذاته . ففي الحالة الأولى يعتبر العقد معاولة لأن عمله الرئيسي صناعة الترزي ، ولأن تقديم الخيط وسائر المواد الأولية البسيطة ليس الا أمراً ثانوياً الى جانب تفصيل الثوب وحياكته . أما في الحالة الثانية فان قيمة الاقمشة والمهمات التي يتعهد الترزي بتوريدها تبدو أهم من قيمة العمل المتعهد به ، فيصح اعتبار العقد بيعاً لشيء . مستقبل . وكذلك اذا تعهد المفاوض بأن يبنى ياخوات من عنده بناء على أرض مملوكة لرب العمل ، فان العقد يعتبر معاولة ، لأن

المهمات تعتبر ثانوية بالنسبة الى الأرض . أما اذا تعهد بتقديم بناء يقيمه بأدوات من عنده وعلى أرض يقدمها هو ، فإن العقد يغلب عليه وصف البيع ويعتبر بيع شئ مستقبل ^(١) .

٢٥ - اشتباه البيع بالوكالة - الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل (المادة ٦٩٩) . ويقع الاشتباه بين البيع والوكالة اذا كان من يقوم بعمل قانوني لحساب آخر يستطيع أن يدعى لنفسه حقاً على المال محل هذا العمل القانوني كما اذا تكفل أحد سماسرة الأقطان ببيع محصول زراعة أحد عملائه لحساب ذلك العميل ، فأخذ منه مبيعة عن ذلك المحصول حتى يسهل عليه بيعه ، أو اذا حول الدائن حقه الى شخص آخر ليتولى مطالبة المدين . في هذه الأحوال يكون المعول عليه في تكييف العقد قصد العاقدين ، فاذا اتجهت ارادتهما الى أن ينقل المالك حقه الى الطرف الآخر بحيث يصبح هذا مالكا حقيقياً لهذا الحق فالعقد بيع ، والا فهو وكالة ^(٢) .

٢٦ - اشتباه البيع بالوديعة - الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشئ . وأن يردده عينا (المادة ٧١٨) . ويقع الاشتباه بين البيع والوديعة اذا سلم شخص شيئاً الى آخر وفوضه أن يبيعه كله أو بعضه على أن يرد اليه هذا الشئ ذاته أو ثمن ما باعه منه ، كما

(١) في هذا المعنى : لانيول وريبير وعامل ج ١٠ نبذة ٥ ، السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ٣٠ و ٣١ .

(٢) وكذلك في عقد البيع مع احتفاظ المشتري بحق التبرير بالبراء لصالح الغير أعني بحق المشتري في ابطال غير عمله في الصفقة *déclaration de command* (أنظر ماسيجيه في نبذة ٤٧ م) ، فإن العقد يعتبر بيعاً فقط اذا لم يتم التبرير بالبراء لصالح الغير في المبادئين فيه . أما اذا تم هذا التبرير في المباد ، فإن البيع يعتبر كأنه حاصل بطريق الوكالة عن حصل التبرير لصالحه (أنظر نفس مدني ٩ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام التضي ١-٣١٢ - ٨١ ، السنهوري في الوسيط ج ٤ هامش ص ٣٣) .

لذا أودع المؤلف عدداً من نسخ مؤلفه لدى إحدى دور بيع الكتب لكي تتولى بيعه بثمن محدد تستقطع منه نصيباً لها . فيشبه هذا العقد الوديعة في أنه يتضمن إبداع الكتب على ذمة المؤلف، ولكنه يختلف عنها في أن الوديع يرد الشيء عينه في حين أن دار الكتب لها أن ترد النسخ أو ثمنها بعد استئصال نصيبها من هذا الثمن . وهو يشبه الوكالة من حيث أنه يتضمن إجابة المؤلف دار الكتب عنه في بيع هذا الكتاب في مقابل أجر يستأجل من ثمن النسخ المبيعة ، ولكنه يختلف عن الوكالة في أن البيع الذي يصدر من دار الكتب المذكورة لم ينشأ أي علاقة بين المشتري وبين المؤلف صاحب الكتاب . وهو يشبه البيع في أنه ينقل الى المكتبة ملكية الكتب ولكنه ينقلها اليها مع حفظ حقها في العدول عن شراء هذه الكتب اذا لم تتمكن من تصريفها ، فهو بمثابة بيع مقترن بشرط فاسخ ، والغالب أن هذا التكييف الأخير هو الذي يطابق قصد العاقدين^(١) .

٢٧ - استبراء البيع باقرضه بفأرة - اذا اشترى شخص شيئاً بثمن مؤجل ، ثم باعه في الوقت ذاته الى نفس البائع الأول أو الى شخص يعمل لحسابه بثمن معجل أقل من الثمن الأول ، فان هذا البيع المزدوج يشبه في النهاية عقد قرض بفائدة ، لأن المشتري المزعوم لم يأخذ المبيع مطلقاً بل أخذ مبلغاً من النقود معجلاً في مقابل التزامه بمبلغ مؤجل أكبر منه ، فكانه اقترض المبلغ المعجل على أن يرده مع فائدة تعادل الفرق بينه وبين الثمن المؤجل^(٢) .

فاذا تبين أن العاقدين لم يقصدا نقل الملكية من البائع الى المشتري كما في هذا المثال، فان العقد لا يكون بيعاً بل قرضاً بفائدة ، ويتمتع بتطبيق الحد الأقصى للفوائد عليه^(٣) .

(١) قارن بلايول وريير وهامل ج ١٩ نبذة ٤ ، السهوري في الوسيط ج ٤ ص ٣١٠ .

(٢) وهذا العقد هو الذي سماه بوتييه بفأرة mohatra انظر ماسيجي ، نبذة ٣٤ .

(٣) السهوري في الوسيط ج ٤ ص ٣٣ .

وكذلك كان بيع الوفاء في القانون القديم يمكن أن لا يقصد به الطرفان حقيقة البيع بل قرصاً بفائدة مضموناً برهن حيازي ، فكان الدائن يعطى القرض للدين على أن يرده هذا بعد مدة معينة مع زيادة تعادل الفائدة المتفق عليها بينهما . وضماناً لهذا القرض كان المدين يبيع الى الدائن مالا من أمواله بضمن هو في الواقع قيمة القرض الذي تسلبه وفوائده المذكورة عن المدة كلها ، ويحتفظ المدين البائع بحقه في استرداد المبيع خلال المدة المعينة للقرض اذا هو رد الثمن المتفق عليه الى الدائن المشتري في المدة المحددة . وقد أبطل التقنين المدني الحالي مثل هذا الاتفاق ولم يجعل له أثراً لا باعتباره بيعاً ولا باعتباره رهناً ، ولكن يبقى مبلغ القرض في ذمة المشتري باعتباره ديناً شخصياً ويلزم بوفائه مع الفوائد القانونية (١) .

٢٨ - اشتباه البيع بالهبة - الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض . ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين (المادة ٤٨٦) . وتشبه الهبة البيع في أنها مثله تنقل الملكية من أحد الطرفين الى الآخر ، وتتميز عنه بأن نقل الملكية فيها يكون دون مقابل وقصد التبرع ، في حين أنه في البيع يكون في مقابل ثمن معين . وكثيراً ما يقوم النزاع في شأن عقود البيع المتفق فيها على ثمن ويطعن فيها بعدم جدية الثمن وفي اعتبارها هبة لا بيعاً ، وبخاصة اذا ذكر في العقد أن البائع متنازل للمشتري عن الثمن المسمى . وقد جرى قضاء المحاكم على اعتبار العقد في هذه الحالة هبة لا بيعاً .

وقد تقدم أنه يجوز أن يفرض الواهب على الموهوب له في عقد الهبة بذاته التزاماً معيناً ، فتكون الهبة في هذه الحالة بعوض يجب على الموهوب له أن يؤديه . وتشبه البيع حينئذ في أن المتصرف اليه يلتزم بهذا العوض كما

(١) أنظر ماسيجي . في القسم الثاني

بأن المالك المشتري بالمثل، وإذا دام الاشتباه بينهما كلما اقتربت قيمة العوض من
 القيمة الحقيقية، وانحصر الحق في العوض تتميز مع ذلك عن البيع بأن المقصود بها
 التبرع، والقيمة الحقيقية التي يبرع عنده الواهب متى كانت هذه الحبة تعود بفائدة على
 المبرع، ولو كان ذلك التبرع هو المبرع له أم كان هو المبرع له العوض،
 فإن كان فيها فائدة للمبرع، فإذا كانت قيمة العوض أقل من ثمن المثل،
 ومن كذا كان كلما كانت قيمة العوض إذا كان العوض يساوي ثمن المثل.
 إذا كان العوض عسرواً لمصلحة الواهب نفسه وكانت قيمته تقارب ثمن
 المثل، فيعتبر العقد سماً لا يبقا، ويتبرع المبرع مسأله واقع بقدره
 العوض المبرع دون رقابة عليه من بحكمة النقص. وما يرجع توافر هذه
 التينة أن يكون العوض المشترط على المتصرف إليه مشروطاً لمصلحة شخص
 آخر غير الواهب^(١)

٢٤ - اشتباه البيع بالوصية - الوصية تملك مضاف الى ما بعد
 الموت للوصي، فهي تتعد مع البيع في أنها تملك وتختلف عنه في أنها دون
 مقابل وفي أنها لا تنقل الملكية الا بعد وفاة الموصي في حين أن البيع تملك
 ويقابل بفتح قيم بين الأحياء^(٢)

وقد يشبه البيع بالوصية إذا ذكر في العقد أن البائع تنازل عن الثمن
 أو أمكن اثبات صورية الثمن وكان البائع قد احتفظ بحيازة المبيع وبحق الانتفاع
 به مدى حياته وشرط على المشتري عدم التصرف في الرقبة، فإن هذا العقد
 يشبه الوصية في أنه تبرع وفي القيود التي يفرضها على ملكية المتصرف
 إليه بحيث لا يحصل هذا لا يحصل على شيء من ثمن الملكية الا بعد وفاة البائع
 بالبرهان لذلك اختلاف الحاكم في ظل الحقتين المثل في ثمن هذا العقد
 لا يشبه

(١) السهوي في الوسيط ج ٤ ص ٢٦

(٢) واجع بهذا ١٩ مكر

فاعتبره بعضاً يماً^(١) . واعتبره البعض الآخر وصية غير ان لهذا الفريق الأخير اختلاف في شأن الظروف والشروط والقيود التي يمكن أن تستلزم منها نية الإيصال . فاكثرت فيها بنبوت حصول التصرف دون مقابل ويبقاء العقد في حيازة المتصرف أو عدم تسجيله^(٢) ، واستنبط البعض نية الإيصال من اتفاق العاقدين على عودة ملكية المبيع الى البائع اذا توفي المشتري قبله^(٣) أو من بقاء البائع محتفظاً بمزايا الملكية ومظهرها كالحيازة والتأجير والنقاضي^(٤) . . . الخ .

ومن أهم القرائن التي عول عليها القضاء في استنباط نية الإيصال من التصرف الذي ثبت حصوله دون مقابل أن يكون البائع قد احتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع الى حين وفاته^(٥) ، أو أن يكون قد اشترط منع المشتري من التصرف في المبيع حال حياته^(٦) . وقد اكثفت بعض المحاكم بأحد هذين الشرطين الأخيرين، واشترط البعض الآخر اجتماعهما^(٧) . ولكن الأغلبية

(١) أظهر نقض مدني ١٦ مايو ١٩٣٦ ، ٢٢ يونيو ١٩٣٨ ، ٨ مارس ١٩٤٥ ، ١٩ مايو ١٩٤٩ مرس أحكام النقض لربع قرن ، كلة بيع ، أرقام ٢٦ ، ٣٤ ، ٣٢ ، ٣١ على التوالي ، ٥ يناير ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ - ٤٣ - ٧ .

(٢) نقض ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة ٤٨ - ٤٠٧ - ٢١٢ .

(٣) مصر (مجلة استئنافية) ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الحملة ٦ - ٣٢٧ - ٢٥٠ ولارن مصر الابتدائية ٦ يناير ١٩٣٦ الحملة ٦ - ٨٦٤ - ٥٣٩ المجموعة ٢٧ رقم ٣١ ومجموعة عياشي الثانية رقم ١٢٨٢ .

(٤) استئناف مصر ٢٨ فبراير ١٩٢٩ مجلة كلية الحقوق السنة الثالثة ص ٣٣٦ مجموعة عياشي الثانية رقم ١٢٨٤ ، استئناف مصر ٢٠ يناير ١٩٣١ الحملة ١٢ - ٤٦ - ٣٧ .
(٥) استئناف مصر ٢٣ يناير ١٩٢٣ الحملة ٣ - ١٦٧ - ١٠٨ ، وايضاً ٨ ديسمبر ١٩٢٠ الحملة ٢ - ١٤٤ - ٤٦ .

(٦) قرب نقض ٨ يونيو ١٩٣٩ المجموعة ١٤ - ٩١ - ٣٦ ولارن عكس ذلك استئناف مصر ٢٧ يناير ١٩٣٠ الحملة ١٦ - ٤٨ - ٢٣ .

(٧) استئناف مصر ١٩ نوفمبر ١٩٢٥ الحملة ٦ - ٣٣١ - ٢٥٤ المجموعة ٢٧ رقم ٩ مجموعة عياشي الثانية رقم ١٢٩٤ ، استئناف مصر ١٩ يناير ١٩٢٧ الحملة ٨ - ١٢٧ - ١٢٧ .

قررت أن اجتماعهما لا يكفي لثبوت نية الإيهاء ولا يمنع من اعتبار العقد أيضاً (١) ما لم توجد قرائن أخرى تعزز فكرة الإيهاء .

ولذلك رأى المشرع المصري حكم هذا الخلاف في التقنين المدني الحالي، فنص في المادة ٩١٧ منه على أنه : إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها ، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً الى ما بعد الموت . وتسمى عليه أحكام الوصية ما لم يقع دليل بخلاف ذلك . فأنشأ بهذا النص قرينة قانونية على توافر نية الإيهاء في التصرف الذي يجتمع فيه ثلاثة الشروط الآتية : (١) أن يكون التصرف صادراً من شخص الى أحد ورثته ، على أن تثبت صفة الوراثة للتصرف اليه وقت وفاة المورث كما في الوصية ، (٢) أن يحتفظ المتصرف بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها ، كأن يستبقى العقد في يده أو لا يسجله أو ينص فيه على استجار المبيع ، (٣) وأن يحتفظ بحقه في

(١) محض ٢٢ يونيه ١٩٣٨ المجموعة ٤٠ رقم ١٥ المحللة ١٩ - ٣٦٠ - ١٥٤ مجموعة القواعد القانونية ١-٢ - ٤٠ - ١٣٠١٣٢ أبريل ١٩٣٩ المجموعة ٤٠ رقم ٨٠٢٠٨ مارس ١٩٤٥ المجموعة ٤٦ - ١٣٠ - ٧٦ وقد جاء فيها أن اشتراط البائع الاحتفاظ لنفسه بحق الانتفاع بالمبيع مدة حياته ومنع المقر من التصرف فيه طوال تلك المدة ضماناً لبقائه لا يمنع من اعتبار التصرف بيها صحيحاً نافلاً ملكية الربة فوراً ، ووصف هذا بأنه وصية استناداً الى هذا العرط يكون خطأ .

وأيضاً استئناف مصر ١٧ فبراير ١٩٣٧ المحللة ١٧ - ١١٧٨ - ٥٨٩ وايضاً ١٣ أبريل ١٩٢٠ المجموعة ٧٢ رقم ٨٠ المحللة ٢ ص ٧١٠ ١٤ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة ٢٣ رقم ١٩ المحللة ٢ - ٢٠٧ - ٧٠ ٦٣ مايو ١٩٢١ المحللة ٢ - ٦٥ - ٣٥ ، ٢٠ يناير ١٩٢٣ المحللة ٣ ص ١٦٧ ٢٧ يناير ١٩٢٥ المجموعة ٢٧ رقم ٤٣ ، ٧٨ مايو ١٩٢٩ المحللة ٩ - ١٠٩٠ - ٥٩٤ ، ٢٣ أكتوبر ١٩٢٩ المحللة ١٠ - ١٥٧ - ٧٣ ، ٢٧ يناير ١٩٣٥ المحللة ١٦ - ٤٨ - ٢٣ ، ١٣ يناير ١٩٣٨ المحللة ١٩ - ٣٧٣ - ١٦٢ ، محض ٢٧ أبريل ١٩٣٠ المحللة ١٠ - ٨٧٥ - ٤٤١ ، ينظر البدرأوى في البيع ص ٥٩ الى ٦٢ .

الانتفاع بالعين مدى حياته (١) . فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة قامسد القرينة على أن التصرف وصية الى أن يثبت المتصرف اليه بكافة الطرق أنها ليست كذلك . وإذا لم تتوافر هذه الشروط فلا توجد القرينة القانونية ، ولكن يجوز لورثة المتصرف أن يثبتوا بكافة الطرق بما في ذلك القرائن القضائية أن حقيقة التصرف وصية لا يبع سواء أكلن صادراً لوأرت أم لغير وارث ، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض لهم طلب اثبات ذلك بمقولة ان العقد في صياغته عقد منجز لأن هذا القول يكون مصادرة على المطلوب (٢) . اما اذا استدلت على أن العقد منجز حقيقة من بعض قرائن تؤيد ذلك وتؤدي اليه عقلا ، فلا غبار عليها في ذلك (٣) .

وجوز للمتصرف نفسه حال حياته أن يثبت أن البيع وصية وأن يستعمل حقه في العدول عنها .

وظاهر أن نص المادة ٩١٧ المذكورة لا يتضمن قاعدة موضوعية بل اقتصر على انشاء قرينة قانونية تعفى سائر الورثة من عبء اثبات أن حقيقة التصرف وصية .

ولأنه يجب أن ينظر في تعيين سريان القوانين التي تستحدث قرائن

(١) ولا يكن انتفاع المتصرف بالعين انتفاعاً فعلياً حتى وفاته دون أن يكون ذلك مستتباً الى سررر قانوني يحوله حق الانتفاع (نفس مدنى ٢٤ يونيو ١٩٦٥ مجموعة أحكام النفس ١٦٦-٨٠٨-١٢٨) .

(٢) في هذا المدنى نفس مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النفس ١٠١-٦٦٨-١٠١ .

(٣) نفس مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النفس ١٣-١٢٧-١٩ . وقد جاء فيه أن استخلاص نية المتصرفين في العقد من مسائل الواقع التي ينتقل بها فاعلى الموضوع . فاذا كان المسكّم المطلق فيه أقام قضاءً على أنه لا ينال من البيع لغير وارث أن يحفظ البائع نفسه بحق الانتفاع مدى حياته وأن يحمى الملكية قيماً مؤقتاً . وأن النص في العقد على التزام البائع — خلال مياد محدد — بشعرير العقد النهائي والاكال للشعرير المحق في دفع دعوى باثبات صحة ذلك العقد مما تنقضى معه خطة اضافة التليك الى ما بعد موت البائع ، فانه لا يكون له حائل للتأثر .

قانونية من حيث الزمن الى نوع الدليل الذى تقوم هذه القرائن مقامه أو تعنى منه وإلى مدى اتصال القرينة المستحدثة بموضوع الحق ، حتى اذا ما بان أن الغرض منها الاعفاء من دليل من الأدلة التى تعد مقدماً أو كان اتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، كان حكم القانون المنشئ لها حكم القوانين المتعلقة بالأدلة المباشرة أى التى تعد مقدماً والقوانين المعدلة لأثر التصرفات أى أنه يكون له أثره الفورى دون أى أثر رجعى فيسرى على ما يستحدث بعده من وقائع ولا يسرى على الوقائع السابقة . وإن لم يكن كذلك ، فإنه يسرى فور صدوره حتى على ما سبقه من وقائع^(١) ، فقد طبقت محكمة النقض ذلك على القرينة التى استحدثتها المادة ٩١٧ المشار إليها ، فقررت أن هذه القرينة المستحدثة ، لاتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، لا يجوز ابطالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم^(٢) .

(١) أنظر فى هذا الحسب مؤقتنا فى الأداة المحلية واجراءاتها سنة ١٩٦٧ لبلدة ١٢ ص ٣٤ .

(٢) نفس مدق ١٤ مايو ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥-٦٧٣-١٠٧ ، وفى هذا الحسب البناوى بلدة ٤٨ ص ٦٩ ، الشهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٢٥ فى الخامس ، منصور بلدة ١٦ ص ٤١ ، اسماعيل فاهم ص ٥٠ ، ليب شيب ص ٢٩ ، وكنا قول بكس ذلك فى الطبعة السابقة وكذلك الدكتور أنور سلطان فى بلدة .

الباب الأول

إبرام عقد البيع

٣٠ - أركان البيع وشروط صحته - يشترط في إبرام عقد البيع كما في سائر العقود توافر أركان معينة تعتبر شروطاً لانعقاده ، وتوافر شروط أخرى تعتبر شروطاً لصحته . فأركان البيع أو شروط انعقاده هي ثلاثة الشروط الواجب توافرها في كل عقد أي الرضا والمحل والسبب ، ويضاف إليها شرط رابع هو عدم النص المانع . وشروط صحته هي أيضاً شروط صحة العقد بوجه عام أي أهلية العاقدين وسلامة الرضا من العيوب التي تشوبه .

وستفرد لكل من هذين النوعين فرعاً مستقلاً .

الفرع الأول

أركان البيع

أو شروط انعقاده

الفصل الأول

ركن الرضا

٣١ - وجود الرضا - يشترط في عقد البيع ، كافي سائر العقود ، اقتران ارادتين متطابقتين ، أى وجود إيجاب معين وقبول مطابق له ، واقتران الأخير بالأول أى وصوله الى علم الموجب^(١) .

(١) غير أنه قد شاعت قبل صدور قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ عادة تحرير عقود البيع وتوقيعا من البائع وحده فكانت هذه المحررات مثجة لرضا البائع دون رضا المشتري . ولذلك لم يكن يمكننا اعتبارها مثجة لتصادد اللهم الا اذا اقترنت بما يغيد قبول المشتري كتسليم الأخير المبيع أو لسله العقد الموقع عليه من البائع وحده وتهديته للتسجيل ، فكانت هذه الواقعة مضافة الى العقد الموقع تكون توافقي الارادتين الضروري لانعقاد البيع .

عل أنه كان يجب في هذه الحالة أن تتم الواقعة التي تهيئ لقبول المشتري قبل أن يسقط الإيجاب الصادر من البائع سواء كان سقوطه بدول البائع عن البيع أو بموته أو بالخبر عليه (في هذا المنطلق الابتدائية ٦ ديسمبر ١٩٣٠ المجموعة ٢٧ رقم ١٤٧) .

وعلى ما قلنا فقد قضت محكمة استئناف مصر في ٢٧ ديسمبر ١٩٣٧ أنه اذا صدر عقد من والدة لبنتها القاصر المشحونة بولاية والدها وحده في صيغة عقد بيع ولكن لم يرد به ما يجيد قبول الولي للبيع ، وثبت أن هذا العقد بقى في حوزة الوالدة حين ولايتها وأنها صرفت من مضمون الهدار الوارد بهذا العقد لآخرين وشهد الولي على أحد هذه العقود ، فانه لا يصح اعتبار هذا العقد عقد بيع لانعدام القبول فيه (المظمنة ١٣ - ١٠٠٨ - ٤٩٨) . وصدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ الذي استبدل به قانون الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ أوجب المهرع في بيع العقارات توقيع الطرفين في اشتراط صلاحية العقد للتسجيل أن يكون توقيع الطرفين

ويستوى أن يصدر الإيجاب من البائع بالبيع أو من المشتري بالشراء ، لأن المهم هو اقتران هذا الإيجاب بقبول الطرف الآخر بائعاً كان أو مشترياً .

وتسرى على تبادل الإيجاب والقبول الأحكام العامة التي نص عليها المشرع في المواد ٩٠ وما بعدها من التفتين المدني الحالي .

فيجوز التعبير عن كل من الإيجاب والقبول أي عن إرادة البيع وإرادة الشراء باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يجوز باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ، بل يجوز أن يكون التعبير ضمناً (المادة ٩٠) . ويصلح الإيجاب لاقتران القبول به من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه (المادة ٩١) . فإذا صدر الإيجاب وأرسل إلى من وجه إليه ، جاز للموجب أن يعدل عن إيجابه بشرط أن يبلغ عدوله إلى الطرف الآخر قبل أن يبلغه الإيجاب ، كأن يرق إليه بالمدول بعد أن أرسل إليه الإيجاب بخطاب عادي بحيث تصله البرقية قبل الخطاب أو معه على الأكثر ، والا فإن الإيجاب ينتج أثره بمعنى أنه يكون صالحاً لأن يقترن به القبول ولا يجوز المدول عنه إلا بعد مضي الوقت الكافي لتسكين من وجه إليه من قبوله (١) .

== عليه مصداقاً عليه من موظف مختص بقضى بذلك على عادة توقيع عقود البيع من البائع وحده فيما يتعلق ببيع الطائرات .

ولا يزال أكثر المتصلين بالبائع في النقولات يهرون على الاكتفاء في عقد البيع بتوقيع البائع وحده . ونرى ضرورة التنبيه إلى ما يؤدي إليه ذلك من إمكان المنفعة في انعقاد البيع في أحوال كثيرة ونوصي بتوقيع عقود البيع من كلا الطرفين فيها لئلا يحسن تحريرها من نسختين أصليتين موقعة كل منها من الطرفين .

(١) في هذا المعنى قضى مدني ١٠ أبريل ١٩٥٨ مجموعة أحكام التفتين ٩ — ٣٥٩ —

٤٠ وقد جاء فيه أنه « متى تبين أن طالب الصراء أبدى في طلبه إلى عضو مجلس الإدارة التندب للمركة الباتمة رغبته في شراء قدر من الأطنان الملوكة لها يشتمل بمعه وبمعيه معينة وضمن الطلب أنه لا يصبح نافذ الأثر بين الطرفين إلا بموافقة مجلس إدارة المركة كما تمهيد . »

وإذا عين في الإيجاب ميعاد لقبوله ، سواء صدر هذا الإيجاب في مجلس العقد أو في غيره ، التزم للموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد (المادة ٩٣) . فإذا انقضى الميعاد قبل أن يصدر القبول ، فلا يصح الإيجاب غير لازم لحسب بل يسقط سقوطاً تاماً ويصير غير صالح لاقران القبول به إلا إذا تبين أن الموجب لم يقصد ذلك وأنه لا مانع عنده من اعتبار إيجابه قائماً حتى بعد انقضاء الميعاد .

وإذا مات من صدر منه الإيجاب أو فقد أهليته قبل أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه ، فإن ذلك لا يمنع من صلاحية الإيجاب لاقران القبول به عند وصوله (المادة ٩٢) ، وذلك لأن الإيجاب يفصل عن إرادة الموجب ويحتفظ بكيانه بالرغم من موت الموجب أو فقد أهليته . فإذا كان الإيجاب قد عين فيه ميعاد للقبول فهو ملزم حتى انقضاء هذا الميعاد وينتقد ورثة الموجب من بعده بهذا الالتزام ، متى اقرن القبول بالإيجاب انعقد العقد بين الورثة ومن صدر منه القبول . وإذا لم يكن الإيجاب قد عين فيه ميعاد للقبول ، فإنه يكون مع ذلك ملزماً للموجب المدة الكافية لابتداء من وجه إليه قبوله ووصول هذا القبول إلى الموجب ، فينتقد ورثة الموجب كذلك بهذا الالتزام ويكون حكمه حكم الحالة السابقة .

وكذلك إذا مات من صدر منه القبول أو فقد أهليته قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، فإن ذلك لا يمنع من صلاحية القبول لانقضاء العقد به عند وصوله إلى علم الموجب (المادة ٩٢) .

== فيه بأن يظل مرتبطاً بطلانه في حالة إشهار مزاد بيع الأقطان حين الإبلاغه قرار المحكمة باعتاد البيع من عمده ، فتحق بذلك علم المحكمة بمجرد وصول الطلب إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب ، فإن هذا الإيجاب يتبرأ من الأثر في حق الموجب لا يجوز المدول عنه أو تمديده حتى تهت المحكمة في طلبه بالقبول أو الرضى ، وذلك عملاً بنصوص الطلب ونزولاً على حكم المادتين ٩١ و ٩٣ مدني .

وإذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً . وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل (المادة ٩٤) . ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد .

وإذا صدر الإيجاب في غير مجلس العقد ودون أن يعين ميعاد للقبول ، فالغالب أن يستخلص من الظروف أو من طبيعة التعامل أن الموجب قصد أن يلتزم بإيجابه الى الوقت الذى يتسع لوصول قبول من الطرف الآخر يكون قد صدر منه في وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، والافتان الإيجاب لا يكون ملزماً أى أنه يجوز المدول عنه في أى وقت قبل اقتران القبول به .

ومتى كان الإيجاب غير ملزم ، فإنه بظل قائماً وصالحاً لاقتران القبول به ما دام لم يعدل عنه ، الا اذا اتفق صراحة أو ضمناً على انتهاء أثره في ميعاد معين فيسقط بانقضاء هذا الميعاد ولو لم يحصل عدول عنه .

وإذا وجه الإيجاب الى غائب بطريق المراسلة ، فإن العقد لا ينعقد الا اذا وصل القبول الى علم الموجب قبل سقوط الإيجاب . ويعتبر العقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك . ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول ^(١) (المادة ٩٧) .

على أنه يجوز أن ينعقد البيع أحياناً دون قبول من وجه اليه الإيجاب اعتماداً على مجرد عدم رفضه الإيجاب في وقت مناسب (للمادة ٩٨) ، ومثل ذلك

(١) أنظر في الخلاف الذى كان قائماً على هذه المسألة في ظل النصين المنقحين السابقين والمزيج

أن يجرى التعامل بين شخصين على أن يورد أحدهما إلى الآخر قدرا معيناً من سلعة من نوع خاص في قترات متقاربة ، فيرسل المورد هذا القدر دون طلب خاص من غيره ولا ينظر منه قبولا أو رفضا ، فيعتقد البيع على هذا القدر بمجرد عدم رد المرسى إليه بالرفض في وقت معقول ، اذ يكون من حق المرسى أن يعتبر سكوت الطرف الآخر قبولا .

ويجوز أن يتم البيع من طريق المزايدة ، ولكن لا يعتبر طرح المبيع للبيع ولو مع تعيين ثمن أساسي له إجبا ، بل يعتبر دعوة لكل راغب في الشراء كي يتقدم بعطاء ، ويعتبر هذا العطاء إجبا ويلتزم به مقدمه المدة التي تكن عادة لاستئارة عطاء آخر أو لقبوله بعد اليأس من تقدم غيره ، فلا يجوز له سحب عطاءه قبل ذلك الا بموافقة القائم بالمزاد^(١) .

ويستقل كل عطاء بمجرد تقديم عطاء آخر يزيد عليه ولو كان العطاء باطلا . ولا يتم البيع الا بقبول العطاء الأخير أى برسو المزاد على مقدمه^(٢) (المادة ٩٩) . ويكنى ذلك لانعقاد البيع دون حاجة الى اثباته في محرر^(٣) ،

(١) لاون مكس ذلك استئناف مصر ٩ يونيه ١٩٣٢ المجلد ١٣ — ٥٤٤ — ٥١ ، وتلخص وقائمه في أن المجلس المحسى أمان عن بيع أطيان بالمزاد دون أن يحدد ثمنها أساسيا ، فرسا المزاد على أحد الأعضاء ثم قدم هذا بعد ذلك طلبا للمجلس المحسى سحب فيه عطاءه وتنازل عن المراء ، فقرر المجلس استبعاد هذا الطلب واعتفاء قائمة المزاد ، فرغ الراسى عليه المزاد دعوى يقدم اعتفاء البيع لصندوق اعتفاء قائمة المزاد بعد سحبه عطاءه ، وقضى له في الاستئناف بذلك حيث قررت المحكمة أن البيع على هذه الصورة لم ينقذ لأن مجرد عرض الأروض للبيع بالمزاد بدون تحديد ثمن لا يعتبر إجبا حتى يمكن القول بأن القدر تم بقبول المراء بشن معين اذ أن المجلس كان له بعد عرض هذا الثمن أن يقبله أو يرفضه . فسحب الإيجاب قبل قبول المجلس . يمنع المجلس المحسى من القبول بعد ذلك .

(٢) ويلاحظ أن دوسو المزاد في بيع العقارات بينا جديا لا يتغير بها بانا ، بل بينا مقرنا بصرف ما يخج وهو حصول زيادة الممر خلال عشرة أيام . أما دوسو المزاد بعد زيادة الممر فيغير بينا بانا (في هذا المتن عسى مدني ١٩ أبريل ١٩٤٥ المجلد ٤٦ — ٢٢٨ — ١١٩) .

(٣) وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر في ١٤ فبراير ١٩٣٥ بأنه اذا وافق المجلس المحسى على بيع أطيان مصر وفاة لديوتهم وحدد جلسة للمزاد ودس المزاد على شخص ==

ما لم تكن قائمة المزايا أو القوانين أو اللوائح تجعل البيع معلقا على تصديق جهة معينة ، فلا ينقذ البيع الا بتصديق هذه الجهة^(١) ، أى أن رسو المزايا في ذاته لا يعتبر في هذه الحالة يما تاما بل مجرد اتفاق على أن يتقيد الراى عليه المزايا بعطائه الى أن يتم تصديق الجهة المعنية على البيع ؛ فينقذ البيع بهذا التصديق ، أو ينقض برفض التصديق التزام الراى عليه المزايا بالبقاء على عطائه^(٢) .

ويجوز أن يتم التعاقد بالبيع بين البائع ونائب المشتري أو بين المشتري ونائب البائع أو بين نائبين أحدهما عن البائع والآخر عن المشتري ، فتسرى

تسعين وقرر المجلس توقيع البيع له وكل ما وصى توقيع البيع ، فان الإيجاب والقبول يكونان قد وضا من إمكان التعاقد وحصل الاتفاق على البيع والتمن فيكون البيع قد تم ولا عبرة بصيرير العقد لأن العقد ليس الا السند الكتابي للبيع وليس الراى عليه المزايا أن يعدل بعد ذلك من العقد من تلقاء نفسه لأنه لا يملك العدول بغير ارادة الطرف الآخر ، ويجوز لهذا أن يلزمه بدفع الثمن (المادة ١٥-٢-٣٧٣-٣١٧) .

وواضح من ذلك أن العقد يتم بمجرد رسو المزايا ويحلل النظر عن وسيلة اثباته . أما من حيث اثباته فانه يخضع للقواعد العامة بمعنى أنه يجب اثباته بالكتابة متى تجاوزت قيمته عشرة جنيهات . فان كانت الجهة القائمة بالبيع جهة رسمية فانها تحرر محضرا بالمزايا ويمكن هذا المحضر دليلا على حصول البيع ولو لم يوقعه البائع . أما ان كانت تلك الجهة غير رسمية فلا بد من توقيع البائع والمشتري .

والناب في بيع المتقولات المزايا أمام جهة رسمية (كدلال مثلا) أن يكتب وقت رسو المزايا بأن يدفع المشتري عربوناً مقابل اقبال ويحترضا الاصال فيها يعلق بإبالت البيع ضد البائع يبدأ بوث بالكتابة بميز الايات بالينة والقرائن .

(١) في هذا المنى استئناف مصر ٣٠ مايو ١٩٣٤ المجبوعة ٣٦ رقم ٥٠ .
(٢) ولكن لا يجوز لجهة المختصة بالتصديق ارجاء مدة طويلة تهلوز الحد الموقوف لأن في ذلك اضراا بالراى عليه المزايا ولأن الأخير لا يمكن أن يكون قد اضراا بنفسه وانما قصد التيقيد بطلانه مدة مقبولة . فانا تراخت الجهة المختصة في التصديق أكثر من هذه المدة المضى التزام الراى عليه المزايا بالبقاء على عطائه ، وجاز له العدول من ايجابه ، واسترداد ما قد يكون دفعه من عربون أو تأمين مع المطالبة بقبول من تعطيل هذا العيون أو التأمين مدة تهلوز الحد الموقوف (لارن في هذا المنى مصر الابتدائية ٢٢ يونيو ١٩٣٥ المادة ٢٧-٢٨-٢٤) .

في هذه الحالة أحكام النيابة (المواد ١٠٤ وما بعدها) ، أي أن النائب يعتبر قائدا من حيث أن العقد ينمق بإرادته هو ، فيلزم أن تكون إرادته صحيحة وغالية من عيوب الرضا ، ولا يؤثر في صحتها غلط الأصل أو عله أو عدم عله بالمبيع ولا عله ببعض الظروف الخاصة في الأحوال التي يكون لعم العائد بهذه الظروف أثر في صحة العقد . أما من حيث آثار العقدان الأصل هو الذي يعتبر طرفا في البيع ، فإن كان بائعا انتقلت منه الملكية ونشأ في ذمته لا في ذمة النائب حق مداينة المشتري بالثمن ، وإن كان مشتريا انتقلت الملكية الى ذمته لا الى ذمة نائبه (١) .

ولا يجوز أن ينوب الشخص الواحد عن البائع والمشتري معا ، ولا أن ينوب عن المشتري إذا كان هو البائع أو ينوب عن البائع إذا كان هو المشتري (المادة ١٠٨) .

وفي جميع الأحوال يشترط في انعقاد البيع أن يتم الاتفاق بين الطرفين على المبيع وعلى الثمن وعلى طبيعة العقد أي على إرادة البيع وإرادة الشراء (٢) ،

(١) غير أنه يشترط في ذلك أن يكون النائب قد تعاقده بهذه الصفة أو أن يكون بينه وبينه الأصل اتفاق على أن يسميه *prête-nom* فإذا اتفق شخص مع آخر على أن يدخل الثاني مزاد بيع عقار وأن يشتري هذا العقار باسمه لحساب الأول ، فإن الثاني لا يكون له بعد رسو المزاد عليه أن يدعي في علاقته بالأول أنه « مالك العقار » وقد قررت محكمة النقض في ٢٩ أبريل ١٩٤٨ أن تحدى المدين بأن من استخدمه لدخوله في المزايعة يعتبر نائباً عنه بطريق إمارة الاسم وأن المار اسمه لا يملك في حق الأصيل ، هذا التحدى عله أن يكون الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد عليه مميرا اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراسي عليه المزاد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطلاق عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصاريف ، فذلك لا يصح التحدى به في انكار الملكية على الراسي عليه المزاد . (مجموعة القواعد القانونية ٥ - ٦١٣ - ٣٠٨) .

(٢) انظر في هذا المعنى نفس مدني ٩ يونيو ١٩٤٩ بمجموعة القواعد القانونية ٥ - ٧٧٦ - ٤٣٣ وقد جاء فيه أن الحكم الذي ينام على أن يمسأ بين طرق الخصومة يجب أن يبنى بإثبات توافر جميع أركان البيع من رضا وميعة وثمن ، فإذا اكتفى الحكم بإثبات توافر الركنين الأولين وأهمل الركن الأخير بمجموعة أن اسمه يخرج عن نطاق الدعوى كان خطأه مخالفا للقانون . وإذا تم كانت عبارة الحكم هيبدأ اعتبار البيع قد تم لأن القهوقا الذين أحال على أقوالهم قد = (٤ م - ييج) .

ولا يشترط الاتفاق على أكثر من ذلك^(١).

٣١ - **برهانه على المبيع** - لا بد في انعقاد البيع من حصول الاتفاق على المبيع، أى تطابق الإيجاب والقبول فيما يتعلق بالمبيع. فإذا عرض أحد الطرفين على الآخر أن يبيعه مالا معيناً بالذات، وجب أن تنجّه ارادة الطرف الآخر الى قبول شراء هذا المال ذاته، والا فلا يكون ثمة بيع لعدم الاتفاق على المبيع أو لوجود غلط في ذاته. ومثل ذلك أن أطلب من دار للنشر أن تبينى كتاباً معيناً، فتقبل هى أن تبينى كتاباً آخر، فإن البيع لا ينعقد على الكتاب الذى طلبته أنا ولا على الكتاب الذى قبلت هى بيعه. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في ١٩ يناير ١٩٥٠ بأن اختلاف الطرفين على مساحة المبيع وحدوده يمنع من تلاقى الارادتين وانعقاد العقد^(٢).

٣٣ - **الاتفاق على الثمن** - وكذلك لا بد من توافق الارادتين على الثمن. فلا ينعقد البيع اذا عرض أحد الطرفين البيع بثمن معين، فقبل الطرف الآخر الشراء بثمن أقل.

وقد تساؤل الشراح عن حكم الفرض العكسى، أى اذا عرض البائع أن يبيع بثمن معين، فقبل المشتري الشراء بثمن أعلى. وذهب بمضمون

== شهدوا بقبول الرضا على التناقد؛ وأن ثبوت توافق ركن الرضا كافى لقول بانعقاد البيع، أما الثمن وشروط البيع فقد رأى أن أسرها خارج عن نطاق الدعوى، فهذا الذى قرره المحكم صراحة واعتمد عليه في قضائه لايحصه أنه في معرض سرد وقائع الدعوى قد ذكر محصل أقوال الشهود في القضية التى عطف عليها وأنهم شهدوا أيضا على آئين، اذ هو ما دام قد أنصح بما يرى اعتاده من أقوال الشهود فلا يجوز أن يضاف اليها ما صرح بأن بعثه خارج عن نطاق الدعوى.

(١) الشهورى في الوسيط ج ٤ ص ٤٤ والأحكام التى أشار اليها.

(٢) قضى ١٩ يناير ١٩٥٠ المحظمة ٣٠ - ١٠٠٧ - ٤٥١ وقد جاء فيه أنه اذا كان ما م بين الطرفين المدعى والمدعى عليه لم يكن الا أملاً تخضيرية لم يتم فيها البيع ولم يتقدم فيها عقد غير اصال. ورود مبلغ تضليل تأمينا على شراء قطعة أرض اختلفت عقارها وسلسلها وحدودها مما يمنع من تلاقى الارادتين وانعقاد العقد ولم تنه باطاق ملزم لطرفين فتكون دعوى صحة التناقد على غير أساس.

الى أن البيع ينعقد في هذه الحالة بائناً الأقل الذي سماه البائع باعتبار أن المشتري الذي قبل الشراء بئناً أعلى قد تضمنت ارادته القبول بائناً الأقل لأن القليل داخل في الكثير .

غير أننا نرى وجوب التفرقة في هذا الشأن بين حالتين: الأولى أن يكون المشتري صدر في قبوله الشراء بأزيد عما طلبه البائع عن غلط ، أى معتقداً أنه إنما يقبل الشراء بائناً الذي طلبه البائع ، ثم يتبين أن البئناً الذي طلبه البائع كان أقل من ذلك . والثانية أن يكون المشتري قد قصد أن يزيد في البئناً الذي طلبه البائع لاقتناعه بأن المبيع يساوى هذه الزيادة وأن العدالتقواعد الأخلاق تقتضيه رفع البئناً الى قيمة المبيع الحقيقية أو ما يقرب منها وعدم استغلال حاجة البائع أو جهله بما يساويه المبيع فعلاً . فالحل الذي ذهب اليه الشراح يصدق على الحالة الأولى أى حالة غلط المشتري ، فينعقد البيع بائناً الذي سماه البائع أى بائناً الأقل . ولكنه لا يصدق على الحالة الثانية حالة قصد المشتري زيادة البئناً عما طلبه البائع كأن يعرض صديق على صديقه أن يبيعه كتاباً معيناً يساوى مائة قرش بخمسين قرشاً فقط ، فيقول له الصديق الآخر بل اشتره منك بمائة قرش ، وذلك لأنه كما يجوز القول في هذه الحالة بأن قبول المشتري الشراء بمائة قرش يتضمن قبوله الشراء بخمسين قرشاً ، كذلك يجوز القول بأن قبول البائع البيع بخمسين قرشاً يتضمن قبوله البيع بمائة قرش . ولذا نرى أن العبارة البائناً الذي سمي آخرأ وهو في المثال المتقدم مائة قرش ، وذلك تطبيقاً للبادتين ٩٦ و ٩٨ من التقنين المدني الحالي . فقد نصت المادة ٩٦ على أنه اذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو بقيد منه أو بديل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . وبناء على ذلك يعتبر قبول المشتري في المثل المتقدم الشراء بمائة قرش إيجاباً جديداً ، لا قبولاً للإيجاب الصادر من البائع بالبيع بخمسين قرشاً . ويعتبر سكوت البائع عن معارضة هذا الإيجاب الجديد قبولاً له عملاً بالمادة ٩٨ فقرة ثانية التي تنص

على أن « يعتبر السكوت عن الرد قبولا . . . اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه » ، ولأنه ظاهر أن زيادة الثمن من خمسين قرشا الى مائة تتمحض لمنفعة البائع فلا تحتاج منه الى قبول .

أما اذا فرضنا أن طالب الشراء هو الذي بدأ بأن عرض الشراء بمائة قرش ، فأجابه الآخر ، بل أبيع لك بخمسين قرشا ، فإن هذه الاجابة تعتبر إيجابا جديدا . ولأن هذا الايجاب الجديد يتمحض لمنفعة المشتري ، فلا يحتاج الى قبول منه ، ويعتبر العقد منعقدًا بخمسين قرشا لا بمائة قرش .^(١)

٣٤- الاتفاق على طبيعة العقد - ويجب فوق الاتفاق على المبيع والثمن أن يتم الاتفاق على طبيعة العقد أى أن تنجبه ارادة البائع الى البيع و ارادة المشتري الى الشراء^(٢) . أما اذا قصد أحد الطرفين أن يؤجر ماله الى الآخر لقاء أجرة سنوية طوال حياته وقصد الآخر أن يشتري هذا المال في مقابل ايراد مرتب مدى حياة البائع ، فلا يكون ثمة اتفاق على طبيعة العقد ولا يتعقد بينهما بيع ولا إيجار .

ولأن من طبيعة البيع أن ينشئ التزاما بنقل الملكية ، فإن كل عقد لا يقصد به حقيقة انشاء هذا الالتزام لا يعتبر بيعا . مثل ذلك عقد بيع الوفاء اذا قصد به قرض مقترن برهن حيازي ، فإنه لا يعتبر بيعا لأنه لا يقصد به انشاء التزام بنقل الملكية . وسيجيء أن القانون الحالي قد أبطل بيع الوفاء بطلانا مطلقا في جميع الأحوال . ومثل ذلك أيضاً العقد الذى سماه يوتيه « مهاترة » mahatra وهو عقد بموجبه يشتري أحد العاقدين مالا بثمن مؤجل ثم يبيعه في الوقت ذاته الى البائع الظاهر مباشرة أو من طريق شخص آخر يكون اسمه مستعار لحساب ذلك البائع بثمن معجل أقل من الثمن المؤجل الذى اشترى به . فيكون المقصود بهذا العقد المزدوج أن يبقى البائع الظاهر مالكا للمبيع وأن ينقد المشتري الظاهر مبلغا معجلا وأن يصير الاخير

(١) انظر في هذا المعنى السهورى في الوسيط ج ٤ ص ٤٣ هامش ١ .

(٢) نفس مدنى ١٠ يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ - ٩٣ - ٩٠ .

ملتزماً بمبلغ مؤجل أكبر من المبلغ الذى قبضه ، أى أن نتيجة العقد تكون قرصاً بفائدة . فلا يتعدى بين الطرفين بيع أصلاً لأن لرادتهما لم تنجى الى البيع بل الى القرض .

ومن هذا القبيل أيضاً العقد الذى يسميه الطرفان بيعاً ولكنها يتفقان فيه على تمن تأخيره أو غير جدى أو على تنازل البائع عن الثمن ، فإن ذلك يخالف طبيعة البيع من حيث هو . ماوضة فلا يكون ثمة بينهما اتفاق حقيقى على البيع ، ومن ثم لا يعتبر العقد المذكور بيعاً ، وقد يعتبره إذا توافرت شروطها .

وليس معنى ذلك أنه يجب أن يتم اتفاق الطرفين على جميع أحكام البيع بل يكفى أن تنجى ارادتهما الى البيع والشراء وأن يتفقا على المبيع والثمن . أما باقى الشروط والأحكام فليس يلزم فى انعقاد البيع أن يحددها الطرفان فى الاتفاق ، لأن القانون قد تكفل بتنظيمها بقواعد مقررة واجبة التطبيق عند عدم الاتفاق على ما يخالفها . فإن لم يمين الطرفان ميعاداً أو مكاناً لدفع الثمن أو لتسليم المبيع مثلاً . سرت عليهما فى ذلك أحكام القانون .

غير أنه اذا تفاوض الطرفان فى شأن تلك الشروط والأحكام اختلفا عليها ، فإن اختلفهما ينشئ قرينة تعويلهما فى شأنها على أحكام القانون ، ويكون اتفاقهما على البيع والمبيع والثمن غير كاف لانعقاد العقد لتعذر تكملة بالقواعد المقررة والمكاملة لارادة العاقدين^(١) . على أنه اذا اكتفى العاقدان بالاتفاق على هذه المسائل الجوهرية واحتفظا ببعض المسائل التفصيلية ، كبعاد دفع الثمن ومكانه وتسليم المبيع ، ليتفقا عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن العقد يتم . واذا قام فيما بعد خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها وقت العقد ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (المادة ٩٥) . ويكون للمحكمة أن تقدر فى كل حالة ما اذا كان الاتفاق قد تم على جميع المسائل الجوهرية أم لا وما اذا كانت المسألة التى قام الخلاف فى شأنها تعتبر من المسائل التفصيلية أم لا تعتبر كذلك .

(١) السهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٦٤ .

والغالب أن يوجه الإيجاب إلى شخص معين ، فينقذ العقد حيث يقبل
هذا الشخص دون غيره . ولكن كثيراً ما يوجه الإيجاب إلى غير شخص
معين كالإيجاب الموجه إلى الجمهور . أفيمكن هذا الإيجاب ليقترن به قبول
أى شخص ؟ وما مدى التزام الموجب في هذه الحالة إزاء جميع الأشخاص
الذين يتقدمون إليه بالقبول ؟

وكذلك يطلب أن يكون رضا الطرفين باتاً ، ولكن يحدث كثيراً أن
يكون موصوفاً بشرط أو مقترناً بأجل ، فينعين علينا دراسة البيوع الموصوفة .
ويحدث أحياناً أن يلتزم شخص أن يبيع إلى آخر إذا قبل الأخير الشراء
أو أن يلتزم أن يشتري من آخر إذا قبل الأخير البيع في مدة معينة .
فلا يعتبر هذا العقد بيعاً وانما يعتبر وعداً بالبيع أو وعداً بالشراء ، وهو
وثيق الصلة بالبيع لأنه كثيراً ما يؤدي إليه .

فيجب إذن في دراسة ركن الرضا في البيع أن نعرض بصفة خاصة لهذه
المسائل الثلاث : (١) الإيجاب الموجه إلى الجمهور ، (٢) البيوع الموصوفة ،
(٣) الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، ثم نختم هذا الفصل بدراسة تفسير عقد البيع .

المبحث الأول

الإيجاب الموجه إلى الجمهور

٣٥ — صور الإيجاب الموجه إلى الجمهور — جرت عادة التجار أن يعلنوا
عن سلمهم سواء بعرضها في واجهات محلاتهم مع كتابة أثمانها عليها ، أو
بالنشر عنها مع أثمانها في الجرائد السيارة أو في نشرات خاصة يرسلونها إلى
عملائهم أو يوزعونها على أفراد الجمهور . قال أى حد يعتبر هذا الاعلان
إيجاباً وإلى أى مدى يكون هذا الإيجاب ملزماً وصالحاً لأن يقترن به قبول
أى عميل أو أى فرد من أفراد الجمهور ؟

٣٦ - عرصه السلع في المتاجر - أما عرض السلع في واجهات المحلات مع كتابة أثمانها عليها ، فلا نزاع في أنه يعتبر إيجاباً صريحاً لأن التاجر يتخذ بذلك موقفاً لا تدع ظروفي الحال شكاً في دلالته على أنه يقصد بيع هذه البضائع بالثمن المكتوب عليها (المادة ٩٠ فقرة أولى) . ولكن مثار الشك في صلاحية هذا الإيجاب لاقران القبول به هو أنه غير موجه الى شخص معين ، فيحتمل أن يقول التاجر لكل من يتقدم اليه بالقبول أنه لم يوجه اليه هذا الإيجاب ولم يقصد أن يبيع له هو تلك السلعة . غير أن هذا الشك لا محل له لأن الأصل في عقد البيع وبخاصة بيع السلع الجارية التي تعرض في واجهات المحلات أن شخص المشتري لا يكون محل اعتبار في التعاقد ، فيكون هذا الإيجاب طلالماً أنه لم يعدل عنه بسحب البضاعة من واجهة المحل مثلاً أو برفع الثمن المكتوب عليها - صالحاً لأن يقترب به قبول أي فرد من أفراد الجمهور ، فينعقد البيع بين التاجر المذكور ومن يتقدم له بالقبول^(١) . غير أن هذا المقدير يد على السلعة ذاتها المعروضة في واجهة المحل دون غيرها من مثيلاتها الموجودة في داخله ، وبخاصة اذا كانت الأخيرة غير مكتوبة عليها أثمانها أو غير موضوعة في متناول يد الجمهور . فلا يكون التاجر ملزماً أن يبيع الى هذا المشتري عدداً آخر من نوع هذه السلعة^(٢) ، ويجوز له أن يسلمه ايأها بذاتها وأن يرفض تسليمه سلعة أخرى من مثيلاتها اذا كان ذلك لا يلائمه . أما اذا عرض هو أن يسلم المشتري سلعة أخرى عاتلة للسلعة المعروضة نظراً لصعوبة سحب هذه السلعة الأخيرة من واجهة المحل ، وجب على المشتري أن يقبل ذلك ، والا كان متعسفاً في استعمال حقه .

واذا كانت السلع معروضة في داخل المتجر في متناول يد الجمهور ومكتوبة عليها أثمانها جاز لكل شخص أن يطلب شراء ما يشاء منها الى أن يتفقد المعروض كله ، الا اذا كان التاجر قد تحفظ في ذلك وأعلن كتابة في مكان بارز مثلاً من متجره أنه لا يبيع الا قدراً معيناً لكل شخص .

(١) في هذا المعنى السهووي في الوسيط ج ٤ نبذة ٢١ ص ٤٧ .
(٢) اذ يعتبر مرضها مجرد دعوة الى التعاقد وليس إيجاباً (في هذا المعنى السهووي في الوسيط ج ٤ ص ٤٩) .

٣٧ - الامم المتحدة عن السلع في الصحف أو في نشرات خاصة - وكذلك الاعلان عن السلع مع بيان أمانها في الجرائد أو في نشرات توزع على الجمهور ، فانه يعتبر في الغالب ايجاباً صحيحاً صالحاً لأن يقترب به القبول^(١) . لكن أترتب على ذلك التزام التاجر بإجابة جميع الطلبات التي تقدم اليه بشأن السلع التي أعلن عنها؟

ان القول بذلك يقتضى أن يكون لدى التاجر قدر من هذه السلع لا ينفد أو على الأقل يني بجميع الطلبات ، وهو أمر نادر الوقوع .

ولذلك يجب في تعيين مدى التزام التاجر في هذه الحالة النظر في العلاقة التعاقدية بينه وبين العملاء الذين يتقدمون اليه بطلباتهم وتفسيرها بحسب النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستدناء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات (المادة ١٥٠) .

وهن الواضح أن من يوجه اعلاناً الى الجمهور يقصد بذلك التعاقد مع من يتقدم اليه بالقبول أولاً فاولاً في حدود مقدار ما عنده من السلع التي أعلن عنها وعدم التقيد بهذا الاعلان بعد نقاد تلك السلع ، وأن كل من اطلع على هذا الاعلان يعلم أنه موجه اليه والى غيره من الجمهور وأن كثيرين غيره قد يسبقونه في القبول فيستنفدون القدر المعروض . فإذا وصل قبوله بعد نقاد السلع المعروضة ، كان وصوله بعد سقوط الايجاب ، فلا ينعقد به بيع ولا يلتزم به التاجر . أما اذا وصل القبول قبل ذلك ، انعقد به العقد والتمزم التاجر بتنفيذه في حدود ما يكون باقياً لديه من السلع التي عرضها ، ولم يحجز

(١) يرى الأستاذ الشهوري بين النشرات التي توزع على الجمهور وتلك التي ترسل الى أشخاص بأسمائهم يتلونهم الخاصة ، ويرى أن هذه تعتبر ايجاباً صحيحاً ، أما تلك فتندرج مجرد دعوة الى الجمهور لتقديم بايجاب ، ولكن لا يجوز لصاحب المتجر أن يرفض القبول بعد أن خطا الى شراء سلحته الا اذا استند في ذلك الى أسباب مشروعة (الشهوري في الوسيط ج٤ نبذة ٧٦ ص ٤٧ ، ٤٨) .

له أن يمتنع عن التنفيذ ولا أن يرفع السعر الذي أعلن عنه ما دام لم يعلن عن رفع هذا السعر قبل وصول الطلب إليه .

وإذا كان التاجر قد أعلن عن سلمة لم يملك منها شيئاً أو يملك منها قدرأ يسيراً فقط قاصداً أن يشتري منها في السوق ما يلبي به طلبات العملاء الذين يقبلون إيجابه ، فإن الإيجاب الصادر منه يكون صحيحاً ويكون محدوداً بالقدر اليسير الذي يملكه من هذه السلمة . فيلتزم بإجابة طلبات من يتقدمون إليه بالقبول في وقت مناسب بعد الاعلان ولا يكون له أن يتحلل من هذا الالتزام استناداً الى ارتفاع الأسعار أو ندرة الصنف الطارئة بعد الاعلان ، وإذا امتنع لزمه التعويض . أما إذا مضت مدة طويلة على الاعلان ، فإن الإيجاب الذي حصل عن طريقه يسقط ولا يلتزم التاجر بإجابة الطلبات التي تقدم اليه بعد ذلك . ويقدر القاضي في كل حالة المدة التي يسقط بها الإيجاب إلا إذا كانت هذه المدة قد حددت في الاعلان ذاته فإن الإيجاب يسقط بانقضائها .

وإذا أعلن التاجر أنه يبيع سلعة معينة بثمن محدد يدفع أقساطاً ، فلا يجوز له أن يمتنع عن البيع لمن يطلب ذلك بمقولة انه لا يطمئن الى سداده الأقساط المؤجلة ، إلا إذا كان قد احتفظ في الاعلان بحقه في ذلك أو كان طالب الشراء شخصاً قد سبق أن شهر إفلاسه أو اعساره وفقاً لنصوص القانون .

المبحث الثاني

البيع الموصوف

٣٨ - حكم أوصاف المصروف عام - يجوز أن يقتصر رضا العاقدین في عقد البيع بشرط ، كما يجوز أن يضاف العقد الى أجل ، فتسرى عليه في الحالين الأحكام الخاصة بذلك وهي تلخص فيما يلي :

(١) اذا كان العقد مضافا الى أجل، فان كان الأجل واقفا امتنعت آثاره المقد قبل حلول الأجل . ومضى حل الأجل ترتب على العقد آثاره من ذلك الوقت ودون استناد الى الماضي . وان كان فاسخا أنتج العقد جميع آثاره منذ انعقاده والى حين حلول الأجل . ومضى حل الأجل انتهى أثر العقد بالنسبة الى المستقبل .

(٢) واذا كان العقد معلقا على شرط واقف، توقفت آثاره على تحقق الشرط. فان تحقق نفذت آثار العقد مستندة الى وقت انعقاده ، وان تخلف الشرط امتنعت آثار العقد . أما اذا اقترن العقد بشرط فاسخ ، فان هذا الشرط لا يقف آثار العقد بل تحدث هذه الآثار ويتوقف زوالها أو بقاؤها على تحقيق الشرط أو تخلفه^(١). وفي كلتا الحالتين يكون للشرط أثر رجعي (أى استناد الى الماضي) .

ويجب أن نفرق بين اضافة العقد كله الى أجل وبين تعليق أحد الحقوق أو الالتزامات الناشئة عنه على أجل . فلا يعتبر العقد موصوفاً الا في الحالة الاولى ، وهى التى توقف فيها جميع آثاره الى حين حلول الأجل . ومثل ذلك عقد اجارة تبدأ من أول العام القادم. أما في الحالة الثانية فيعتبر العقد باتاً وينتج جميع آثاره من وقت انعقاده . وغاية الامر ان بعض الحقوق أو الالتزامات تكون في هذه الحالة الأخيرة غير حالة، أى موقوفة على أجل، ولا تصير مستحقة الأداء الا من وقت حلول ذلك الأجل، كمعقد البيع ضمن مؤجل كله أو بعضه . فان البيع يكون في هذه الحالة باتاً ، وتنقل الملكية به

(١) وقد حكم بأن الاتفاق على عقد البيع على أنه لا ينجز نهائياً الا بعد وفاة الطرفين المتعوض عليهما فيه وأنه لا يجوز للشئى الصرف في المبيع الا بعد ذلك لا يمكن أن يكون النرض منه أو أن يرتب عليه سوى حفظ حق البائع في فسخ البيع حتى بالنسبة الى المتصرف اليهم من المقررى ولا يصير شرطاً واقفاً لوعود البائع [استئناف عطلت ٢ مارس ١٩٣٣ (٤٥ ص ١٩٤)] .

فوراً ، ويجوز للمشتري أن يطلب تسليم المبيع من وقت العقد والبايع أن يطلب دفع مالم يؤجل من الثمن. أما الجزء المؤجل فلا تجوز المطالبة به الا عند حلول الأجل .

كما يجب أن نفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني الذي يفرض وجوده في كل عقد ملزم للجانبين ، اذ أن الاول ينتج أثره في فسخ العقد بمجرد تحققه وبقوة القانون ودون حاجة الى طلب الفسخ ، ولا يملك القاضي في شأنه - متى ثبت له تحققه - سوى الحكم بالفسخ واعتباره العقد كأن لم يكن ، في حين أن الثاني لا ينتج أثره في الفسخ الا بحكم القاضي وبناء على طلب الدائن في الالتزام الذي حصل الاخلال به ، وبملك هذا فيه سلطة تقدير مطلقة ، فيجوز له أن يحكم بالفسخ اذا رأى اخلال المدين جسيماً ولا أمل في تداركه ، ويجوز له أن يرفض الفسخ اذا وجد الاخلال على عكس ذلك^(١) .

على أن اضافة البيع الى أجل واقف أو تعليق على شرط واقف لا يمنع الماقد المتعلقة حقوقه على حلول الأجل أو على تحقق الشرط من اتخاذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقه قبل تحقق الشرط ، فيجوز للمشتري بعقد معلق على شرط واقف أن يطلب تعيين حارس على البيع اذا خيف عليه ، ويجوز له أن يسجل عقده اذا كان المبيع عقاراً حتى اذا ما تحقق الشرط استند

(١) انظر في هذا المعنى قض مدني ٢ أبريل ١٩٣٦ المجموعة ٣٧ رقم ١٨٥
الحاماة ١٧-٦٨-٣٨ مجموعة القواعد القانونية ١-١٠٨٦-٣٤٣ ، ٨ ديسمبر ١٩٣٢
مجموعة القواعد القانونية ١-١٥٢-٨١ ، ٤ ديسمبر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ -
٤٩٨-٢٣٧ الحاماة ٢٨-١٠١٨-٤١٢ ، ٢ مايو ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥ -
١٥٥-٦٨ المجموعة ٤٨-٣٩٩-٢١٠ وقد جاء في هذا الحكم الأخير أن الشرط الفاسخ
الضمني والشرط الفاسخ الصريح أمران متبايران لا يمكن أن يقوم حكم عليها بمجنس لا خلافاً
طبيعة وحكا .

انتقال الملكية الى وقت التسجيل السابق على تحققه (١) .

ولا تقتصر أوصاف الرضا على الشرط والأجل ، بل يجوز أيضاً أن يقترن الرضا في عقد البيع بتعدد المحل وثبوت خيار التعيين لأحد العاقدين أو يقترن بحق المشتري الظاهر في تعيين شخص من يعتبر مشترياً بصفة نهائية ، فنعرض فيما يلي أهم الصور العملية لأوصاف الرضا في عقد البيع .

٣٩ - (١) البيع بشرط التجربة - البيع بشرط التجربة *vente à l'essai*

هو البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع . وقد كان التقنين الملقى يقتصر في شأنه على النص بأنه يعتبر موقوفاً على تمام الشرط (المادة ٢٤٢/٣٠٨) . أما التقنين الحالي فقد فصل أحكام هذا النوع من البيع في المادة ٤٢١ منه حيث نص على أنه :

١ - في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها . فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع . فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً .

٢ - ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ .
فإذا اتفق البائع والمشتري على أن يحتفظ المشتري بحق تجربة المبيع واقرار الشراء بعد نجاح التجربة ، كان الأصل في العقد أنه معلق على شرط واقف هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته . ويجوز أن يستفاد تعليق العاقدين البيع على شرط التجربة من العرف الثابت كما في بيع الملابس الجاهزة اذ جرى العرف

(١) وحكم بأنه في حالة البيع المعلق على شرط يبدأ مريان مباد الأخذ بالكلفة من تاريخ علم الصانع بالبيع لا من تاريخ تحقق هذا الشرط بالهات (استئناف مخطوط ٩ يونيو ١٩٣٦
الطبعة ١٨-٢٠٥-١٠٠) .

في شأنها على أن البيع يكون معلقا على تجربة المشتري إياها من حيث المقاس.

وقد أوجبت المادة ٤٢١ فقرة أولى على البائع في هذه الحالة أن يمكن المشتري من تجربة المبيع (١) ، وأعطت المشتري بعد التجربة الخيار بين القبول والرفض . فان قبل ، تحقق الشرط الواقف وأنتج العقد آثاره من وقت انعقاده . وان رفض ، تخلف الشرط وامتنع على البيع أن ينتج أى أثر وأصبح كأن لم يكن .

على أنه لا يجوز أن يترك هذا الخيار للمشتري الى أمد غير محدود لأن ذلك من شأنه أن يضر بالبائع . والغالب أن يمين الطرفان مدة الخيار في العقد أو أن يحدد العرف هذه المدة ، والا جاز للبائع أن يمين مدة معقولة يطلب الى المشتري أن يبدى في خلالها رأيه بالقبول أو الرفض . ويجوز للمشتري حينئذ أن يتظلم من قصر هذه المدة . ويجب عليه اذا اختار الرفض أن يعلن رأيه في خلال المدة المعينة ، والا اعتبر سكوته قبولا ما لم يكن راجعا الى عدم تمكنه من التجربة . واذا امتنع عن اجراء التجربة ، جاز للبائع أن يستصدر حكما باعتبار الشرط الواقف متحققا حكما لتسبب المشتري في تخلفه .

(١) ويلاحظ أن التزام البائع بتسكين المشتري من تجربة المبيع لا يمكن أن يكون ناشئا من عقد البيع الموقوف على شرط التجربة ، لأن العقد المعلق على شرط واقف لا ينتج أى أثر الى أن يتحقق ذلك الشرط . فلا بد من القول بأن هذا الالتزام انما ينشأ من عقد آخر غير مسمى يقترب به عقد البيع المعلق على شرط التجربة ، هو وعد من البائع بتسكين المشتري من التجربة (كما سيجيء أيضا في شأن بيع المذاق) ، أى أنه عقد متعين من عقد البيع في هذه الصورة من حيث انه متجزئ في حين أن عقد البيع مطلق على شرط واقف .

ولا يتعين على ذلك بأن المصروع فيه كيف البيع بشرط التجربة بأنه بيع مطلق على شرط واقف ولم يذكر شيئا عن انقضائه بقصد الوعد المذكور لأن المصروع لم يكن يتعينه تسكين الاتفاق في ذاته . وانما كان يتعينه فقط انشاء قرينة على أن المقصود بهذا النوع من البيع ألا ينتج أثره الا بعد التجربة ونجاحها ما لم يطق الطرفان على عكس ذلك . وحسب أنه نص على التزام البائع بتسكين المشتري من التجربة حتى يستفاد من ذلك وجود وعد متجزئ الى جانب البيع بشرط التجربة يكون هو مصدر هذا الالتزام .

وإذا مات المشتري قبل إجراء التجربة انتقل حقه في إجرائها إلى ورثته من بعده. ويرجع إلى قصد العاقدین فيما يتعلق بالحكم على نتيجة التجربة. فقد يردان تعليق البيع على مشيئة المشتري بعد التجربة ، وقد يردان تعليقها على مجرد نجاح التجربة ودلائلها على صلاحية المبيع للغرض الذي يقصد من مثله عادة. وفي هذه الحالة الأخيرة لا يجوز للمشتري رفض المبيع إلا إذا بين وجه عدم صلاحيته ، ويجوز للحكمة أن تستعين بالخبراء لتقرير ذلك . وقد اعتبر التقنين المدني الحالي أن تعليق العاقدین البيع على مشيئة المشتري بعد التجربة هو الأصل ، مالم يتبين أنهما قصدا غير ذلك . وقالت المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن أن « للمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده الذي يتحكم في نتيجة التجربة . وقد جرى المشروع في ذلك التقنين الألماني (م ٤٩٥) والتقنين النمساوي (١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٢٣) والتقنين البولوني (م ٣٣٩) ، فإن المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التي يتطلب أن تناسب المشتري مناسبة شخصية ، فهو وحده الذي يستطيع أن يقرر ذلك . أما إذا تبين أن العاقدین قصدا فقط تعليق البيع على مجرد ثبوت صلاحية المبيع للغرض الذي يستخدم فيه عادة ، لم يجز للمشتري أن يتحكم في نتيجة التجربة .

ولقاضي الموضوع أن يستخلص نية العاقدین المشتركة من وقائع الدعوى دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات (المادة ١٥٠) .

وبلاحظ أن تكليف بيع التجربة بأنه معلق على شرط واقف لا يكفي لتفسير قيام التزام البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع ، وأنه لا بد في تفسير ذلك من القول بأن عقد البيع يقترن باتفاق ضمني بات يلتزم البائع بموجبه بتمكين المشتري من التجربة ^(١) .

(١) أنظر ما تقدم في هامش الصفحة السابقة .

ومع أن الأصل في شرط التجربة أن يعتبر شرطاً واقفاً، فإنه يجوز أن يتفق العاقدان صراحة أو ضمناً على أن تجربة المبيع وثبوت عدم صلاحيته أو عدم ملاءمته للمشتري يعتبران شرطاً فاسخاً، فينقذ البيع وينفذ منذ انعقاده على أن يفسخ إذا تبين من التجربة أن المبيع غير صالح، ويكون للفسخ أثر رجعي .

٤٠ - (٢) البيع بشرط المزاج - من المبيعات ما تختلف فيه أذواق الناس كالمأكولات والمشروبات، فيجوز فيها للمشتري أن يذوق المبيع وأن يعلق شراؤه على ملاءمته لذوقه . وقد جعل المشرع الفرنسي هذا الشرط مفروضاً ضمناً في بيع الأبنية والزيوت وغيرها من الأشياء التي جرت العادة بذوقها قبل شرائها (المادة ١٥٨٧ فرنسي) .

ولم يعرض التقنين المصري الملغى للبيع بشرط المذاق، لا من حيث اعتبار البيع حاصلًا بهذا الشرط في بعض الأحوال ولا من حيث تكييف العلاقة القانونية بين الطرفين في البيع المقترن به . فاختلف الشراح في شأنه وتعددت آراؤهم . فذهب البعض إلى أن البيع يعتبر حاصلًا بشرط المذاق في الأشياء التي اعتاد الناس ذوقها قبل شرائها واستندوا في ذلك إلى المادة ٢٤٥/٣١١ التي تقضى بأنه إذا لم يذكر في عقد البيع شرط له، فيعتبر البيع بائناً إلا إذا كان عرف البلد أو عرف التجارة يقضى بشروط ضمنية ولو لم يذكر ذلك في العقد (جرانولان) .

وذهب فريق آخر إلى أن المشرع المصري استغنى عن النص على البيع بشرط المذاق بالنصوص المتعلقة بخيار الرؤية، باعتبار أن هذا الخيار يقتضى العلم بالمبيع علمًا كافيًا، وأن هذا العلم لا يمكن تحصيله في المشروبات والمأكولات إلا من طريق ذوقها، فيعتبر بيع هذه الأشياء في جميع الأحوال مقترناً بشرط المذاق (حلى عيسى) .

وذهب رأى ثالث إلى أن المشرع المصري اذ نص على البيع بشرط

التجربة ولم ينص على البيع بشرط المذاق ، قد قصد استبعاد حكم القانون الفرنسى فى هذا البيع الأخير . فإذا ثبت حصول البيع بشرط المذاق باتفاق صريح أو ضمنى ، وجب أن يطبق عليه حكم القانون المصرى المتعلق بالبيع بشرط التجربة (أى اعتبار البيع موقوفا على شرط) ، لا حكم القانون الفرنسى الذى لا يعتبر للبيع وجوداً الا بعد المذاق والقبول (الحلالى) .

وقد حسم التقنين المدنى الحالى هذا الخلاف اذ بين فى المادة ٤٢٢ منه حكم بيع الشئ بشرط المذاق ، فدل بذلك على أن حكمه لا ينطبق الا اذا وجد شرط صريح أو ضمنى يخول للمشتري توقيف البيع على نتيجة المذاق . غير أن هذا الشرط يمكن استنباطه من طبيعة المبيع وما جرى عليه التعامل فى مثله .

وقد انقسمت الشرائع فى تكييف بيع المذاق وترتيب حكمه ، فاعتبره بعضها بيعاً معلقاً على شرط واقف كما فى البيع بشرط التجربة ، على أن يكون الشرط هو قبول المشتري المبيع بعد أن يذوقه . فإذا تحقق هذا الشرط كان له أثر رجعى من وقت العقد (ومن هذا الفريق التقنين الاسبانى م ١٤٥٣ ، والتقنين البرتغالى م ١٥٥١ ، والتقنين الهولندى م ١٤٩٩ ، والتقنين الأرجنتينى م ١٣٧٠) ، وذهب البعض الآخر الى أن بيع المذاق لا يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم الا من وقت اعلان المشتري قبوله المبيع فلا يكون له أثر رجعى . أما قبل اعلان هذا القبول فلا يكون ثمة بيع بل مجرد وعد بالبيع من جانب البائع وحده فيستطيع المشتري أن يلزم البائع ولا يستطيع البائع أن يلزم المشتري (ومن هذا الفريق التقنين الفرنسى م ١٥٨٧ ، والتقنين اللبائى م ٣٩٢) .

وقد أخذ المشرع المصرى فى التقنين الحالى بهذا الرأى الأخير ، فنص فى المادة ٤٢٢ منه على أنه « اذا بيع الشئ بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع ان شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يبينها الاتفاق

أو العرف ولا يتعقد البيع الا من الوقت الذى يتم فيه هذا الاعلان .

ويظهر من ذلك أن المشتري في بيع المذاق لا يكون مرتبطاً بعقد البيع قبل أن يذوق المبيع ويقبل شراؤه . بل ان له كامل الحرية في تقدير ملاءمة المبيع لذوقه أو عدمها اذ المذاق مسألة شخصية بحيث لا يصح أن يفصل فيها بمقياس مادي ، فيكون للمشتري مطلق الخيار في أن يقبل البيع أو أن يرفضه بعد أن يذوق المبيع ، ولا يجوز للبائع أن يثبت جودة المبيع الذى لم يقره المشتري ، ولا أن يثبت أنه من الصنف المألوف عند الكافة ، أو أن يطلب تعيين خبير لتقدير سلامة الصنف وصلاحيته ، وذلك لأن المشتري لا يعتبر مشترياً الا من الوقت الذى يقبل فيه الشراء بعد ذوق المبيع .

أما البائع فإنه يكون مرتبطاً بوعده بالبيع ، ويجب عليه أن يمكن المشتري من ذوق المبيع ، فإذا امتنع عن ذلك أو تصرف في المبيع قبل أن يمكن المشتري من ذوقه ، كان محلاً بالتزامه ووجب عليه التعويض .

ويجب على البائع أن يمكن المشتري من ذوق المبيع في المكان المتفق عليه ، أو - عند عدم الاتفاق - في المكان الذى يجب فيه تسليم المبيع وهو في الغالب المكان الذى كان يوجد فيه المبيع وقت العقد .

ولأن حق توقيف العقد على نتيجة المذاق يعتبر حقاً استثنائياً لا يثبت الا اذا اشترط في العقد صراحة أو كانت طبيعة المبيع والعرف الجارى لا تدع مجالاً للشك في الأخذ به ، فإن المشتري لا يكون له مطلق الحرية في القبول أو الرفض الا اذا كانت ارادة الماعدين قد اتجهت الى ذلك صراحة أو ضمناً . وبالعكس من ذلك قد يستفاد من طبيعة المعاملة قصد الماعدين تقييد حرية المشتري في قبول المبيع بعد مذاقه أو رفضه ، كما اذا كان المشتري تاجراً في الزيوت أو الأنبذة ، فلا تكون العبرة بملاءمة المبيع لذوقه الشخصى ولا يكون له مطلق التقدير ، بل يجوز الالتجاء في ذلك الى تقدير أهل الخبرة ليقرروا جودة الصنف أو مطابقته للمألوف عند الناس .

ويجوز للمشتري أن ينزل في أى وقت عن حقه في ذوق المبيع . ولكن لا يترتب على ذلك أن يصير ملزماً بقبول المبيع أبداً كان طعمه ، بل يترتب عليه فقط أن لا يكون له الحق في رفض المبيع لعدم ملامته لذوقه الشخصي ، ويجوز له رفض المبيع لعدم مطابقته للألوف في مثل هذا الصنف ، ويرجع في ذلك الى تقدير الخبراء .

٤١ - مفارقة بيع المذاق بالبيع بشرط التجربة - ينع المذاق يبدأ بأن يكون وعداً ملزماً جانباً واحداً هو جانب البائع ويكون المشتري حراً في قبول البيع أو عدمه . والأصل في هذا الخيار رفض المشتري ، ولا يتم البيع الا باعلان القبول . ولا تنتقل ملكية المبيع الى المشتري الا بعد المذاق والقبول ولو كان المبيع معيناً بالذات .

أما البيع بشرط التجربة ، فيبدأ بيعاً صحيحاً ملزماً للجانبين ولكنه يكون معلقاً على شرط واقف هو بحسب إرادة العاقدين اما قبول المشتري بعد التجربة واما نجاح التجربة في ذاتها . وفي الحالة الأولى دون الثانية يكون المشتري حراً في قبول البيع أو عدمه . والأصل فيه القبول مالم يعلن رفضه ، فاذا لم يعلن الرفض في الوقت المعين لذلك اعتبر الشرط أنه تحقق وكان لتحقيقه أثر رجعى ، فينتج البيع آثاره من وقت انعقاده وليس من وقت القبول أو عدم الرفض لحسب (١) .

فاذا أوقع أحد دائي البائع الحجز على المبيع قبل موافقة المشتري الثانية للمذاق أو التجربة ، جاز للمشتري بعد القبول أن يطلب رفع الحجز عن المبيع اذا كان البيع بشرط التجربة لأن الملكية تنتقل اليه مستندة الى وقت البيع ، ولم يجوز له ذلك اذا كان البيع بشرط المذاق لأن الملكية لا تنتقل اليه الا من وقت القبول التالى للمذاق .

وكذلك الحال اذا أفلس البائع قبل المذاق أو التجربة ، فيجوز للمشتري

(١) وبلاط ماخدم في هامش ص ٦٦ من أن هذا البيع المعلق على شرط واقف يكون مصحوباً بوعود من البائع بشككين المشتري من تجربة المبيع .

بشرط التجربة أن يطالب وكيل التفليسية (الستديك) بتسليمه المبيع باعتباره
ملوكا له ولا يجوز ذلك للمشتري بشرط المذاق .

٤٢ - (٣) البيع مع الاحتفاظ بحق العدول — ويجوز أن يتفق
البائع والمشتري على أن يكون لكل منهما أو لأحدهما حق العدول عن العقد
في مدة معينة . فيكون العقد مقترنا بشرط فاسخ هو العدول خلال هذه
المدة وترتب عليه آثاره من وقت انعقاده . فإذا تم العدول عنه خلال المدة
المعينة ، تحقق بذلك الشرط الفاسخ وترتب على تحققه زوال كل أثر للعقد
من يوم انعقاده ، والا تخلف الشرط وترتب على ذلك بقاء العقد منتجا
آثاره كما لو كان قد انعقد دون اقترانه بالشرط .

والغالب عملا أن يعين العقادان أجلا لاستعمال رخصة العدول عن
العقد . وقد قضت المحاكم بأنه إذا لم يعين العقادان أجلا لذلك جاز لمن
تقررت له رخصة العدول عن العقد أن يستعملها في أى وقت قبل أن يتم
تنفيذ العقد .

ويرى الشراح في فرنسا أن المدة التي يجوز فيها للعاقدين استعمال حق
العدول عن العقد يجب ألا تتجاوز خمس سنوات حتى لا تبقى العقود ،
وبخاصة ما كان منها ناقلا للملكية ، مهددة بالزوال مدة طويلة لما يترتب على
ذلك من عدم استقرار الحقوق وإضعاف الائتمان . وقد حددوا المدة القصوى
بخمس سنوات قياساً على المدة التي حددها القانون الفرنسي ليستعمل فيها
المشتري وفاء حقه في استرداد المبيع .

ويجوز بدلا من اعتبار العدول شرطا باطلا أن يتفق العقادان على أن
يتمبرا عدم العدول شرطا واقفا ، فينعقد البيع على أن يكون لأحد العقادين

أو لكل منهما رخصة العدول وعلى أن لا يصير البيع نافذاً إلا إذا انقضت مدة معينة دون أن يعدل عنه من له الحق في ذلك . فإذا استعملت رخصة العدول في المدة معينة تخلف بذلك الشرط الواقف وترتب على تخلفه انعدام كل أثر للعقد ، وإذا لم تستعمل ، تحقق بذلك الشرط وتأييد البيع نهائياً بأثر رجعي .

ويكون استعمال الحق في العدول بالتعبير عنه صراحة ، ويجوز أن يكون ضمناً كما لو قام البائع ببيع المبيع الى شخص آخر ، أو قدم المشتري الى البائع شخصاً آخر على أنه يرغب في شراء المبيع ذاته .

ويعتبر نزولاً عن استعمال هذه الرخصة قيام الطرف المقرر له حق العدول بعمل من أعمال تنفيذ العقد كسلم المشتري المبيع أو دفعه بعض أقساط الثمن ، وترتب عليه تأييد البيع نهائياً وعدم جواز العدول عنه بعد ذلك ولو لم تكن مدة الخيار قد انقضت (١) .

على أنه يجب في جميع الحالات أن يكون الاتفاق على جواز العدول عن العقد واضحاً (٢) ، وأن يبين في جلاء حقيقة المقصود بهذا الشرط أن كان واقفاً أو فاسخاً .

ويعتبر العدول عن العقد قبل انقضاء المدة معينة لذلك حقاً لمن تقرر لمصلحته ، فيجوز له استعماله ولو لم يقع تقصير من الطرف الآخر ، ولا يترتب على استعماله أى التزام بتعويض إلا إذا ثبت أنه كان استعمالاً غير مشروع وفقاً للبادة ه مدني .

(١) في هذا المعنى استئناف مصر ٢١ فبراير ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٣٩ .
(٢) استئناف مخطط ١١ ديسمبر ١٩٣٥ المطاماة ١٧-١٤٧٣-٢٢٨ وقد جاء فيه أن عدم النص في العقد على حق العدول لا يمنع المتصلدين من أن يبدلا برضاها ضمناً من نظروها المتبادلة في تنفيذ عقد بيع بضاعة .

٤٣ - (٤) البيع بالعربون - العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد العاقدين الى الآخر وقت العقد .

ولدفع العربون احدى دالتين : اما أن يقصده تأكيد وصول الطرفين الى الاتفاق على العقد و ابرامه ، واما أن يقصد به أن العاقدين قد اشترطا لئكل منهما حق العدول عن العقد في مقابل ترك العربون عن دفعه أو رده مضاعفا من قبضه .

وقد نصت المادة ١٥٩٠ مدني فرنسي على حكم العربون في الوعد بالبيع ، فقررت أنه « اذا اقترن الوعد بالبيع بدفع عربون كان لسكل من العاقدين حق العدول عن العقد ، فإذا عدل من دفع العربون خسره ، وإذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه » . وبيّن من ذلك أن القانون الفرنسي رجح احدى دالتى العربون على الأخرى . وقد رأى الفقه والقضاء أن هذا الحكم ولو أنه ورد في شأن الوعد بالبيع ينطبق على عقد البيع ذاته ، بل أجاز بعضهم تعميمه وتطبيقه في سائر العقود التي يصحب عقدها دفع عربون .

على أنه لا نزاع في أن حكم المادة ١٥٩٠ حكم مقرر أو مفسر لارادة العاقدين ، فإذا ثبت اتجه اراדתهما الى غيره وجب اتباع ما اتجهت اليه .

وفي التقنين المدني المصري الملغى لم يرد ما يقابل نص المادة ١٥٩٠ مدني فرنسي ، فرأى بعض المحاكم أن ذلك لا يمنع من تطبيق حكم هذا النص في القانون المصري لانه نص مفسر لارادة العاقدين^(١) ، ولكن الكثرة اجتهدت في استنباط قصد العاقدين من دفع العربون في كل حالة ، فثبت لها في كثير من الحالات اتجه نية العاقدين الى اعتبار دفع العربون تأكيداً لحصول

(١) استضاف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ الحاماة ٣٠-١٠١٦-٤٥٤ وقد جاء فيه أن العرف جرى في مصر بما يتفق مع نص المادة الفرنسية المذكورة - ووجه القضاء في أحكام كثيرة له . انظر أيضا الاسكندرية الوطنية ٢٥ يونيو ١٩٣٨ الحاماة ١٩-٣٩٨-١٧٩ ،

الاتفاق وضمناً لتنفيذه ، فقصت في هذه الحالات بأنه إذا نفذ العقد من دفع العربون حسب له العربون من أصل التزامه ، أما إذا امتنع عن التنفيذ واضطر الطرف الآخر الى طلب الفسخ اعتبر دفع العربون بمثابة شرط جزائي يحدد التعريض الذي يستحق عن هذا الفسخ^(١) . كائنت لها في حالات أخرى دلالة دفع العربون على اتجاه نية العاقدين الى الاحتفاظ لكل منهما بحق العدول عن العقد ، وقصت في هذه الحالات بأن المشتري إذا عدل عن العقد أو امتنع عن تنفيذه خسر العربون وأن البائع إذا عدل أو امتنع وجب عليه رد العربون وضمفه^(٢) ، وذلك بقطع النظر عن حصول ضرر للطرف الذي لم يأت العدول من جانبه أو عدم حصوله ، وقررت أحياناً بين دفع العربون وقت عقد البيع الابتدائي ودفعه وقت تحرير العقد النهائي ، فاعتبرته في الحالة الأولى دالاً على ثبوت حق العدول لكل من الطرفين وفي الحالة الثانية دالاً على نهائية العقد وعدم قابليته للعدول عنه^(٣) .

وقصت محكمة النقض بأن استخلاص نية العاقدين فيما قصدها بدفع العربون يعتبر مسألة موضوعية فإذا كان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية العاقدين في هذا الشأن تفسيراً للعقد تحتمله عباراته فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لمراقبة محكمة النقض^(٤) .

ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى وقائمه ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي

(١) قضى مدني ٢٠ أبريل ١٩٤٤ المحاماة ٢٦-٨٦٤-٢٩٤ الاسكندرية الوطنية
١٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢٠-١٤٠٧-٦١٦ . استئناف مخطوط ١٢ مايو ١٩٣١
المحاماة ١٢-٩٠٩-٤٥٩ ، الاسكندرية المخططة ١٥ أبريل ١٩٤٤ (٥٦ س ١٠٣) .
(٢) أنظر في هذا المنى استئناف مصر ٣ مايو ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ رقم ١١٢ ،
٢١ فبراير ١٩٢٤ المحاماة ٣-٥٣٩-٤١٤ ، ٢١ نوفمبر ١٩٢٥ المجموعة ٢٧ رقم ٩٠ .
(٣) استئناف مصر ٢١ فبراير ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٣٩ المحاماة ٤-٥٣٩ .
(٤) قضى مدني ٢١ مارس ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥-١٣٢-٥٢ .

انعقد به البيع باتاً أم أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول اذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب سائفة^(١).

وقد رأى واضعو التقنين المدني الحالي أن ينصوا على قاعدة مقررّة لارادة العاقدین فيما يتعلق بحكم دفع عربون عند أى تعاقد بوجه عام، ولکنهم تردّدوا^(٢) في ماهية هذا الحكمين الرأيين الأصليين اللذين ذهبت اليهما المحاكم ثم انتهوا بتقليب الرأي الثاني على الأول، فنصوا في المادة ١٠٣ مدني على أن «دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك - فاذا عدل من دفع العربون، فقدّه. واذا عدل من قبضه، رد ضعفه. هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر».

وبناء على ذلك يعتبر الأصل في التقنين الحالي أن مجرد دفع عربون عند عقد البيع يفيد احتفاظ المتعاقدين بحق العدول لكل منهما في مقابل خسارة ما يعادل العربون وتعتبر هذه الخسارة بمثابة ثمن لاستعمال الحق في العدول يصبح مستحقاً في ذمة من عدل لمجرد عدوله دون حاجة الى اعدار^(٣) وبقطع النظر عن حصول ضرر للطرف الآخر أو عدم حصوله^(٤).

واذا حدد العاقدان ميعاداً لنقض البيع في مقابل ترك العربون، فإن الحق في نقضه يسقط بعدم استعماله قبل انقضاء هذا الميعاد. وكذلك يسقط هذا الحق في حالة اعتبار العقد معلقاً على شرط واقف بقيام صاحبه بأى عمل مما يعتبر تنفيذاً لعقد البيع كأن يدفع المشتري جزءاً آخر من الثمن

(١) تقضى مدني ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام التمس ٧-٣٦٩-٥٥.

(٢) راجع مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٨٥ وما بعدها.

(٣) الاسكندرية الابتدائية التجارية الوطنية ١٦ مارس ١٩٤٠ البطاقة ٣٠ -

١٤٠٧-٦١٦.

(٤) الشهورى في الوسيط ج ٤ ص ٨٨ و ٨٩، ولأن هذا الحكم قد استحدثه التقنين الحالي، ولأنه منطوق بأثر التصرف، فإنه لا يبرى الا على العقود التي أبرمت أو تبرم منذ ١٥ أكتوبر ١٩٤٩، تاريخ بدء العمل بالتقنين الحالي.

أو يتسلم قدرًا من المبيع ، فإن ذلك يعتبر تنفيذًا للعقد من الجانبين وبالتالي نزولاً منهما عن حق المدول .

على أن هذا الأصل الذي نصت عليه المادة ١٠٣ يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، فيجوز الاتفاق مثلاً على أن البيع بات لارجوع فيه ، وفي هذه الحالة يتجسب العربون من أصل الثمن إذا نفذ العقد ، ويعتبر في حكم الشرط الجزائي إذا فسخ العقد خطأ أحد العاقدين وأصاب العاقد الآخر ضرر من ذلك ، ويلزم في تطبيقه أضرار الخلل ، ويمتنع تطبيقه إذا أثبت المدين عدم حصول ضرر للدائن (١) ، كما يجوز الاتفاق على أن البائع إذا عدل وجب عليه أن يرد العربون الذي قبضه دون زيادة ، وأن المشتري إذا عدل لا يكتفى منه بترك العربون بل يلزم بأن يدفع فوق ذلك ضعفه أو ضعفه . وإذا قام نزاع بشأن دلالة دفع العربون ، تعين على المحكمة أن تمحص وجهى النظر وأن تفصل فيما بمقتضى سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها الرقابة محكمة النقض الا فيما يتعلق بتسبب قضاؤها تسيباً سائفاً ، ثم ترتب على ما استخلصه في هذا الشأن آثاره القانونية (٢) .

ويذهب أغلب الشراح في تكييف التعاقد بالعربون الى اعتباره عقداً معلقاً على شرط واقف هو أن لا يعدل أحد العاقدين عن العقد خلال .

(١) الاسكندرية الابتدائية التجارية الوطنية ١٦ مارس ١٩٤٠ المشار اليه في الصفحة السابقة .

(٢) نفس مدنى ١٢ فبراير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤٩٥-٤٧٢ وقد جاء فيه أنه اذا كانت المحكمة قد قررت أن المشتري قد فقد المبلغ الذى دفعه نتيجة قصيره في أمام القدر سواء اعتبر المبلغ المدفوع مريوئاً أو جزءاً من الثمن ، دون أن تمحص دفاع المشتري ومؤاده أن عدوله عن أمام المحكمة كان بسبب عيب خفى في المنزل المبيع سلم له به البائع ، وبسبب ائق وإياه على التماسخ ومرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهرىاً يغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فانه كان لازماً على المحكمة أن تعرض له وتصل فيه ، وبين ما اذا كان المبلغ المدفوع من المشتري هو في حقيقته مريوئاً أو جزء من الثمن لا خلاف المحكم فى الجانبين ، وأذى لم فصل يكون حكماً قد شابه تصور بطله ويستوجب قضا . وفى هذا المنى أيضاً نفس مدنى ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧-٣٦٩-٥٥٠ ، وأيضاً نفس مدنى ٥ أبريل ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧-٨٠٠-٦٨٠ .

مدة معينة (١)، أو اعتباره عقداً مقترناً بشرط فاسخ هو عدول أحد العاقدين عن العقد مدة معينة (٢)، ويعتبرون مرجع ذلك قصد العاقدين حسباً يمكن استخلاصه من العقد ذاته أو من ظروف انعقاده، ويرجعون عند الشك هذا التكيف الأخير على الأول (٣)

وإذا ثبت التكيف الأول لم ينتج العقد أى أثر إلى أن يتبين مصير الشرط. فإذا انقضت المدة المعينة دون عدول من أحد العاقدين، تحقق الشرط الواقف وأنتج آثاره من وقت العقد وحسب العربون من أصل الثمن. وإذا حدث العدول، تخلف الشرط وامتنع على العقد أن ينتج أى أثر سوى الزام الطرف الذى عدل بأن يتحمل خسارة تعادل قيمة العربون فى مقابل استعماله حق العدول.

أما إذا ثبت التكيف الثانى، أنتج العقد جميع آثاره من وقت انعقاده، وانتقلت الملكية إلى المشتري ووجب عليه دفع الثمن. فإذا لم يحدث عدول تخلف الشرط الفاسخ وتأييد العقد واستمر ينتج آثاره وحسب العربون من أصل الثمن. وإذا حدث العدول، تحقق الشرط المذكور وترتب على ذلك زوال العقد بأثر رجعى ووجب على من عدل أن يترك العربون أن كان هو الذى دفعه وأن يرده مع مثله أن كان هو الذى قبضه.

غير أنه يؤخذ على هذا التكيف فى صورته أنه متى تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، وجب أن يترتب على ذلك زوال العقد كله بجميع آثاره. فلا يبقى ثمت أى سند قانونى لالتزام من رجع فى العقد

(١) بودرى لاكاتيرى، نبذة ٨٠، جوسران ج ٢ نبذة ١٠٦٨، كولان وكايتات ج ٢ نبذة ٨٣٨، أنور سلطان نبذة ٩٠، البدراوى نبذة ١٠٦ ص ١٦٠.

(٢) كويليه دى سائير ج ٧ نبذة ١١ مكروة تاسما وعاشرا، جبيوار ج ١ نبذة ٢٣، جيل المرافوى نبذة ٢٩ ص ٧١ و٧٢.

(٣) بلانيول وريير وعامل ج ١٠ نبذة ٢٠٩.

بأن يدفع من ماله الى العاقد الآخر ما يوازي قيمة العيوب وفقاً للمادة ١٠٣ مدني .

وقد حدا ذلك بعض الشراح الى تكيف التعاقد بالعيوب بأنه عقد ينشئ التزاماً بدلياً في ذمة كل من طرفيه، أي أن كلا منهما يعتبر ملتزماً أصلاً بالالتزامات التي تنشأ عادة من البيع البات ولكن يجوز له أن يستبدل بهذه الالتزامات بدفع ما يوازي قيمة العيوب. فإذا نفذ كل منهما التزامه الأصلي، حسب العيوب من أصل الثمن وانتهى الأمر. وإذا استعمل البائع حقه في أن يستبدل بالتزامه نقل الملكية وما يقابله من حق في الثمن الالتزام بقيمة العيوب، وجب عليه أن يرد العيوب المدفوع من المشتري وأن يدفع له فوق ذلك مثل قيمته من ماله الخاص. وإذا استعمل المشتري حقه في أن يستبدل بالتزامه دفع الثمن وما يقابل هذا الالتزام من حق في ملكية المبيع الالتزام بقيمة العيوب، تحمل من التزامه بالثمن ووجب عليه ترك العيوب^(١).

غير أنه يعترض على هذا التكيف أيضاً بأن الالتزام البدلي يكون التزاماً واحداً ذا محلين متعادلين أحدهما أصلي والثاني يجوز للدين أن يفي به بدلاً من المحل الأصلي. وليس الأمر كذلك في البيع بالعيوب لأن الالتزامات التي ينشئها البيع البات في ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص ويجوز للبائع في البيع بالعيوب أن يبرأ منها جميعاً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحمل محلها التزام آخر مغاير لها هو التزامه بقيمة العيوب، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاماً بدلياً^(٢).

(١) السهوري في الوسيط ج١ هامش ص ٢٦٤، ج٤ ص ٩١ .

(٢) قلنا قد يتجه الرأي الى تكيف البيع بالعيوب باعتباره متضمناً اتفاقين متبرزين أولها الاتفاق على البيع مغترناً بشرط فاسخ أو واقف بحسب قصد العاقدين كما تقدم، والثاني اتفاق على انقضاء التزام بدفع ما يوازي قيمة العيوب مغترناً بشرط عكس الشرط الأول أي شرط واقف ان كان الأول فاسخاً، وفاسخ ان كان الأول واقفاً. فإذا كان الشرط فاسخاً للبيع، فانه ان تحقق، انقضى البيع وتحقق بذلك أيضاً الشرط الواقف للالتزام بالعيوب وصار العيوبون =

لذلك تفصل الاحتفاظ بالتكليف الأول الذي ذهب إليه كثرة الشراح ، على أن نصيف إليه أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين أولهما الاتفاق على البيع مقترنا بشرط واقف أو فاسخ حسب قصد العاقدين ، والثاني اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازي قيمة العربون^(١) . ويعتبر هذا الاتفاق الأخير باتاً إذا كانت طبيعة الشرط المقترن به البيع . فإذا استعمل أحد الطرفين حقه في العدول لتحلل من البيع ووجب عليه في ذلك دفع ما يوازي العربون ، والا فلا يجب عليه . وعلى أي حال يجب التمييز بين البيع بالعربون وبين البيع مع الاتفاق على شرط جزائي^(٢) ، فهما يختلفان بوجه خاص فيما يأتي :

== واجباً في ذمة من عدل . وإن تخلف ، تأيد البيع واعتبر ذلك تخلفاً للمرط الوافق للالتزام بالعربون واندم هذا الالتزام الأخير .

أما إذا كان المرط واقعاً لبيع ، فإن تحقق هذا البيع بأثر رجعي وتحقق أيضاً المرط الفاسخ للالتزام بالعربون فصار هذا الالتزام كأن لم يكن . وإن تخلف المرط الوافق للبيع صار البيع كأن لم يكن وتختلف أيضاً المرط الفاسخ للالتزام بالعربون وصار هذا الالتزام مستحق الأداء نهائياً .

ولكن يتنوع على هذا التكليف بأنه إن استقام في حالة اعتبار المدول شرطاً فاسخاً للبيع ، فإنه لا يستقيم في حالة اعتبار عدم المدول شرطاً واقعاً له ، لأن الالتزام بالعربون يعتبر عندئذ مقررأ في ذمة كل من الطرفين تحت شرط فاسخ هو عدم المدول ، ويتقضى ذلك أنه يجوز لكل من الطرفين منذ إبرام العقد أن يطالب الآخر بمقتضى العربون على أن يردده إذا تحقق عدم المدول وتأيد البيع . وهو أمر غير مستلغ فوق أنه مخالف لإرادة العاقدين .

(١) الاسكندرية الابتدائية الأهلية التجارية ١٦ مارس ١٩٤٠ الهامة ٢٠-١٤٠٧-٦١٦ وقد جاء فيه أنه لا يخبر العربون تمويشاً تجرى عليه أحكام التكليف الرسمي قبل استحقاقه ولا هو بالثمن الذي يجب رده عند التصح بل هو تمويش من نوع خاص وقهري يحتل بها أحد العاقدين من عقده بخص ترك هذا العربون . هذا إذا كان العقد لم يقبل ولم يتفق على أركانه من وجهة المبيع والثمن والشرط اتفاقاً نهائياً .

(٢) غير أن هذه التفرقة غابت عن بعض المحاكم ، فذهبت بحكمة الاستئناف المختلطة في أحد أحكامها إلى أن العربون المقدر بالتراضي الطرفين ضماناً لتنفيذ تعهد ما يمكن اعتباره تعهداً تعاقدياً فاضر الذي يحصل من عدم التنفيذ مما قد يمنع المتعاقد المتسلك بالتعهد من مطالبة من أجله . يصويش أزيد (استئناف مخطط ١٢ مايو ١٩٣١ الهامة ١٢-٩٠٩-٤٥٩٠) . قانون أيضاً نفس ٢٠ أبريل ١٩٤٤ الهامة ٢٦-٨٦٤-٢٩٤٠ .

(١) في البيع بالعربون يجوز لكل من الطرفين أن يتحلل من الالتزامات التي ترتب على عقد البيع في مقابل تحمله قيمة العربون ولا يجوز للطرف الآخر أن يرفض ذلك . أما في البيع مع الشرط الجزائي فلا يجوز للبائع أن يتحلل من البيع في مقابل دفعه قيمة الشرط الجزائي الا اذا قبل المشتري ذلك . ولا يجوز للمشتري أن يتحلل من الشراء في مقابل دفع الشرط الجزائي الا اذا قبل البائع ذلك ، لأن الشرط الجزائي التزام ثانوي لا يغني عن الوفاء بالالتزام الأصلي ولا يقوم مقامه الا اذا صار الالتزام الأصلي مستجيلا أو قبل الدائن أن يستبدل به قيمة الشرط الجزائي (١) .

(٢) في البيع بالعربون يلزم العاقد الذي عدل عن العقد بقيمة العربون باعتبارها ثمناً لاستعماله الحق في العدول لا باعتبارها تعويضاً عن الاخلال بالالتزامات الناشئة من البيع ، ولذلك لا يشترط في استحقاق هذا الثمن حدوث ضرور للطرف الآخر من جراء العدول عن العقد ولا يلزم في ذلك اجراء تنبيه أو تكليف رسمي . أما الشرط الجزائي فانه يعتبر تعويضاً عن الاخلال بالالتزام الأصلي ويشترط في استحقاقه اعذار المدين وثبوت ضرر أصاب الدائن من جراء اخلال المدين بالتزامه الأصلي (٢) .

٤١ - (٥) بيع الوفاء وبطلونه في التقنين الحالي - بيع الوفاء هو بيع يحتفظ فيه البائع بحقه في أن يسترد المبيع خلال مدة معينة اذا شاء في مقابل

(١) قانون عكس ذلك استثناف مصر ٢٧ مارس ١٩٢٣ المجموعة ٢٥ رقم ٨٦ ، ٢٧ نوفمبر ١٩٢٣ المجلد ٤ - ٣٢٩ - ٢٧٠ وقد جاء فيها أنه اذا فس في عقد البيع على أن تأخير المشتري في دفع أى قسط من أقساط الثمن يعطى البائع الحق في فسخ العقد وفي ملغ معين بصفة شرط جزائي ، فيجوز للمشتري أن يستفيد هو أيضا من هذا الشرط ويكون له حق التخلص من العقد مقابل قيامه بالشرط الجزائي .

وظاهر ان المحكمة قد التبت عليها الأمر بين حكم العربون الذى يفيد ثبوت حق العدول وبين الشرط الجزائي .

(٢) انظر في هذه التفرقة للاستاذة الدكتورة طه حسين ١٦ مارس ١٩٤٥ المجلد ٢٠ - ١٤٠٧ - ٦١٦ ، السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ٩٢ .

رد الثمن ومصرفات المقعد ومصرفات الاحتداد والمصرفات التي يكون قد أنفقها على المبيع .

والتكليف القانوني لهذا العقد أنه يبيع مع خيار العدول في مدة معينة واعتبار العدول شرطاً فاسخاً . فإذا استعمل البائع حقه في العدول تحقق الشرط الفاسخ وترتب على تحققه زوال كل أثر للعقد ووجوب رد المبيع الى البائع والتمن الى المشتري . وإذا لم يستعمل البائع حقه في استرداد المبيع خلال المدة المعينة تخلف الشرط الفاسخ وتأييد البيع نهائياً .

وقد كان التقنين المدني المنفي ينظم أحكام هذا النوع من البيع في المواد ٤٢١/٣٣٨ الى ٤٣٣/٣٤٧ ، وقد لوحظ عند وضع ذلك التقنين أن بيع الوفاء يصلح ستاراً لرهن يراد به أن يصبح المرهون مملوكاً للمرتهن بمجرد عدم وفاة الراهن بالدين ، فيؤدي بذلك الى التعايل على النص الذي حرم الاتفاق في عقد الرهن على أن يصبح المرهون مملوكاً للمرتهن بمجرد عدم وفاة الدين (المادة ٥٤٣/٦٦٥) ، فصر في المادتين ٣٣٨ و٣٣٩ على تقسيم بيع الوفاء الى نوعين ، نوع يكون الفرض منه الرهن الحيلزي وآخر يكون الفرض منه حقيقة البيع الوفاي ، وعلى اجراء حكم الرهن في النوع الاول وحكم بيع الوفاء في النوع الثاني .

وقد حدا ذلك المرايين الى اثار اخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء ، لأن سلوك هذا السبيل يوفر عليهم الاجراءات التي لا بد منها في التنفيذ بالرهن ويحولهم ملكية المرهون ويسمح لهم بتقاضى فوائد فاحشة ، دون أن يعرضهم لاية خسارة اذا انكشفت حقيقة البيع وظهر أنه يخفى رهناً اذ تبقى لهم في هذه الحالة مزايا الرهن .

لذلك تدخل المشرع بالقانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣ ، فعُدل المادة ٤٢٢/٣٣٩ بأن جعلها تنص على أنه « اذا كان الشرط الوفاي مقصوداً به اخفاء رهن عقارى ، فان العقد يعتبر باطلاً لا أثر له سواء بصفته بيعاً

أورهنّا ، . وبهذا التعديل أصبح المرابون — اذا سلكوا في رهن العقار رهنًا حيازيا سبيل بيع الوفاء بدلا من سبيل الرهن السافر — معرضين لأن يفقدوا مزايا كل من الرهن وبيع الوفاء ولأن لا يثبت لهم الاحق شخصي قبل مدينهم يجعلهم من الدائنين العاديين .

غير أن ذلك لم يثن المراهين عن المجازفة باخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء اعتماداً منهم على شدة احتياطهم في ستر الحقيقة واخفاؤها .

وفي أثناء تنقيح القانون المدني غلبت أول الأمر فكرة الإبقاء على بيع الوفاء والاكتفاء بالضرب على أيدي المراهين من طريق ابطال عقودهم اذا ظهر أنها تخفى رهنًا ، غير أنه بعد أن قطع المشروع مراحلته الأولى ووصل الى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ غلبت فكرة محاربة البيع الوفاقي ، بل والقضاء عليه من طريق تحريره وتقرير بطلانه في جميع الأحوال أى سواء كان محله عقاراً أو منقولاً ، وسواء ثبت أنه يستر رهنًا أو لم يثبت ذلك . وأدى ذلك الى النص في المادة ٤٦٥ من التقنين المدني الحالي على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدّة معينة وقع البيع باطلاً » . وقد جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في هذا الشأن « أن اللجنة رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية في التعامل ، انما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستاراً لرهن وينتهي الرهن الى تجرييد البائع من ملكه بثمن بخس . والواقع أن من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع بل يحصل عادة على ما يحتاج اليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة ، ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ، ولكنه قل أن يحسن التقدير . فاذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبنًا يبنى أن يدرأه القانون عنه . ولذلك رئي أن تحذف النصوص الخاصة ببيع

الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنصر عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء الى الرهن الجبازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما دون أن يتسع المجال لفن قلبا يؤمن جانبه .

٤٥ - (٦) البيع مع الاحتفاظ بالملكية الى حين استيفاء الثمن -

دفعت بعض التجار وأرباب المصانع الرغبة في ترويج تجارتهم أو مصنوعاتهم من طريق تيسير الحصول على هذه المصنوعات لا كبر عدد ممكن الى ابتداء شروط في عقد البيع تحقق هذا الغرض مع توفير أوفى الضمان للبائع . من ذلك ما درج عليه بائعو آلات الحياكة وبائعو السيارات وغيرهم من البيع مع تقسيط الثمن على عدة آجال وتسليم المبيع الى المشتري من وقت العقد على أن لا تنتقل اليه ملكيته الا بعد أن يوفى جميع الثمن ، بحيث اذا تأخر المشتري في أى قسط جاز للبائع فسخ البيع واسترداد المبيع مع الاحتفاظ بما قبضه من الثمن في مقابل انتفاع المشتري بالمبيع من وقت البيع . فيفيد المشتري من ذلك تمكنه من الشراء ومن الانتفاع بالمبيع بمجرد دفع القسط الأول من الثمن ويضد البائع من ذلك تأمين باقي الثمن وحصوله في حالة الفسخ لعدم دفع هذا الباقي - على مقابل انتفاع المشتري بالمبيع من وقت العقد مضاعفا اذ الغالب أن تكون قيمة الأقساط أكثر من قيمة الانتفاع .

وقد اختلف في تكليف هذا العقد أهو بيع أم إيجار^(١) ؟ والواقع أنه يشبه البيع في أن غايته النهائية نقل الملكية في مقابل ثمن يدفع أقساطا ، ويشبه الإيجار في أن غايته القريبة ليست التملك بل التمكن من الانتفاع

(١) انظر في ذلك استئناف مصر نوفمبر ١٩٣٨ الهامة ١٩-٨٣٩-٣٤٤ ، ينظر الى الجزئية ٨ نوفمبر ١٩٣٩ الهامة ٢٠٩-٣٢-١٠٣١-٤٣١ .

وفي أنه لا يترتب على فسخه وجوب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد، بل يحتفظ أحد الطرفين بما حصله من منفعة الشيء ويحتفظ الطرف الآخر بما قبضه من أقساط .

على أن مصلحة مالك الشيء تقتضي تكليف هذا العقد بأنه اجارة وليس بيعا ، وذلك لأن هذا التكليف يخوله المزايا الآتية :

(١) يسمح له باعتباره مؤجراً أن يحتفظ بملكية الشيء وأن يسترده من الطرف الآخر ، وأن يتنزع بما للحقوق العينية من حق التقدم والنتيج لكي يحول دون تنفيذ دائي الطرف الآخر على هذا الشيء ولكي ينتبه في يد أي شخص كان ما لم يكن يجوز لذلك الشخص أن يحتسب بقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » .

(٢) يترتب عليه أنه اذا تصرف الطرف الآخر في المال المسلم اليه بموجب هذا العقد اعتبر تصرفه خيانة أمانة تقع تحت طائلة قانون العقوبات، ويكتفي احتمال توقيع هذا الجزاء لمنع من تسلم الشيء من أن يتصرف فيه ، فيكفل ذلك بقاء الشيء في يد من تسلمه من التاجر ويمكن هذا من استرداده أو التنفيذ عليه عند الاقتضاء^(١) .

(٣) أنه في حالة اضطراب التاجر إلى فسخ العقد بسبب عدم دفع الثمن اليه في مواعيد استحقاقه يترتب على اعتبار العقد المفسوخ اجارة لا بيعاً أن يكون للتاجر أن يحتفظ بما قبضه من الأقساط باعتباره أجرة استحقاقها في مقابل انتفاع الطرف الآخر ، لا ثمتا لبيع يجب رده .

(١) وقد عالج المشرع المصري هذا الأمر بملءه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض البيوع التجارية حيث س في المادة ٤٧ منه على أن يحظر على المشتري (بالقسيط) — بدون إذن سابق من البائع — أن يصرف بأي نوع من أنواع الصرف في السلفة موضوع القسيط قبل الوفاء . بينما ، ونسب المادة ٤٥ على خلاف من يخالف ذلكها المجلس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبنزاعاً لا يتجاوز مائة جنيه أو إحدى مائة الف جنيه .

وبالعكس من ذلك تكون مصلحة الطرف الآخر في اعتبار العقد يما
لا اجارة، اذ يترتب على ذلك عكس النتائج المتقدمة .
وقد اختلف الشراح أول الأمر في صحة مثل هذا الاتفاق أو بطلانه ،
فذهب فريق الى أنه باطل لمخالفته النظام العام والآداب من حيث أنه يوجد
مالاً في يد من لا يملكه، فيضلل بذلك من يتعاملون مع هذا الحائز اذ يعتقدون
أنه مالك ويعاملونه على اعتباره كذلك بينما هو غير مالك . ولكن الكثرة
نزلت على حكم الواقع واعترفت بأن هذا الاتفاق يحقق حاجة اقتصادية
مشروعة، فأجازته ، غير أنها اختلفت في تكييفه .

وكان الرأي الراجح في الفقه أن مثل هذا العقد يعتبر اجارة مقترنة
بشرط فاسخ ومصحوبة ببيع معلق على شرط واقف ، وأن الشرط هو
قيام المشتري بوفاء جميع الأقساط في مواعيدها ، أي أنه طالما لم يتحقق هذا
الشرط تكون الاجارة نافذة والبيع موقوفاً . فاذا تحقق، انفسخت الاجارة
وأنتج البيع أثره مستنداً الى وقت انعقاده . واذا تخلف، امتنع على البيع أن
ينتج أي أثر وتأيدت الاجارة نهائياً . ولكن لأن تخلف الشرط يكون
معناه في هذا الفرض الاخير الاخلال بدفع الاجرة، فانه يترتب عليه جواز
فسخ الاجارة واحتفاظ المؤجر بالأقساط التي تم دفعها باعتبارها أجرة
مستحقة عن المدة المنقضية (١) .

غير أن هذا الرأي كان يؤخذ عليه أنه يعتبر العقد الواحد بيعاً واجارة
في وقت واحد . قابلاً لأن يتحول الى بيع فقط أو الى اجارة فقط حسب
الظروف وهو وضع شاذ لا يتفق مع القواعد العامة ومع الأوضاع القانونية
المعروفة في التعاقد (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى بنى منار الجزئية ٨ نوفمبر ١٩٢٩ المجلة ٢٠-١٠٣٢-٤٣١ .

(٢) انظر عند الأستاذ اسماعيل غانم هذا الرأي في كتابه في عقد البيع ط ١ ص ٣٣ .

لذلك ذهب المحاكم الى اعتبار هذا العقد يماً معلقاً فيه انتقال الملكية على شرط واقف ومتضمناً شرطاً جزائياً . فاذا تم وفاء جميع الأقساط في مواعيدها تحقق الشرط الواقف وترتب على تحققه انتقال ملكية المبيع الى المشتري مستندة الى وقت العقد ، والا امتنع انتقال الملكية ووجب فسخ العقد لتقصير المشتري في وفاء الثمن وتطبيق الشرط الجزائي على المشتري ، فيستحق البائع الأقساط التي قبضها تعويضاً له عما أصابه من ضرر بسبب فسخ البيع وحرمانه من منفعة المبيع مدة وجوده في يد المشتري بشرط ألا يكون ثمة تفاوت كبير بين قيمة الأقساط المدفوعة وقيمة ذلك الضرر^(١) .

وقد أخذ التقنين المدني الحالي بما ذهب اليه أحكام المحاكم في هذا الشأن ، فنص في المادة ٣٠٤ منه على أنه :

١ - اذا كان البيع مؤجلاً الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢ - فاذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع اذا لم توف جميع الأقساط . ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المنفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣ - واذا وفت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية الى المشتري يعتبر مستنداً الى وقت البيع .

٤ - وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع ايجاراً .

والفقرة الأولى من هذا النص صريحة في أن البيع في هذه الحالة يتعقد

(١) قرب في هذا المعنى النهورى في الوسيط ج٤ ص ١٧٣ و ١٧٤ .

بأن لا موقوفا على شرط ، وغاية الأمر أن الثمن فيه يكون مؤجلا وأن انتقال الملكية يكون موقوفا على وفاء الثمن^(١) . أما التزامات البائع بتسليم المبيع وبضمان استحقاقه وضمان عيوبه الخفية ، وكذلك التزامات المشتري بتسلم المبيع وبتحمل نفقات العقد فانها تكون منجزة طالما أن العقد لم ينص على غير ذلك .

وبناء عليه يتسلم المشتري المبيع ولكن لا تنتقل اليه ملكيته بل تبقى للبائع الى حين سداد جميع الثمن حسب الاتفاق . فاذا تصرف المشتري في المبيع كان تصرفه وارداً على ملك الغير وجاز للبائع الأصلي استرداد المبيع من المتصرف اليه ، ما لم يكن المبيع منقولاً وحازه المتصرف اليه بحسن نية وفقاً للمادة ٩٧٦ مدني^(٢) . واذا حجز دائنو المشتري على المبيع ، جاز للبائع رفع دعوى الاسترداد لأن الملكية لم تنتقل الى المدين المحجوز عليه^(٣) .

ويترتب أيضاً على عدم انتقال الملكية الى المشتري أن الأخير لا يجوز له بتخصيص المبيع المنقول لخدمة عقار مملوك له أن يجعله عقاراً بالتخصيص . وقد حكم في ظل التقنين الملغى بأنه يجوز في هذه الحالة للبائع اذا أراد التنفيذ بياق الثمن أن يحجز على هذا المبلغ حجز منقول ولا يلزم باتخاذ اجراءات الحجز على العقار^(٤) .

(١) ويلاحظ أن الأصل في الاتفاق على تسبيط الثمن أن الأجل مقرر لمصلحة المدين ، فيجوز لهذا أن يزل عنه وأن يوفى الثمن فوراً في أي وقت وأن يطلب نقل الملكية اليه فوراً كذلك [في هذا المعنى استئناف مخطط ١٠ مايو ١٩٤٣ (٥٥٠ ص ١٤٨)] .

(٢) وليس لبيع أن يستند في استرداد المبيع من المتصرف اليه في هذه الحالة الى حكم المادة ٩٧٧ لأن هذه المادة تنص على جواز استرداد المنقول من حائزه بحسن نية اذا كان المنقول قد قبض أو سرق من مالكه ، وليس الأمر كذلك في هذه الحالة لأن البديد غير الضام والسرقه (في هذا المعنى استئناف مخطط ٢٦ يونيو ١٩٣٨ الحماة ١١ - ٧٦٧ - ٣٩٦) .

(٣) في هذا المعنى الاستئنافية الوطنية ١٤ أبريل ١٩٣٨ الحماة ١٩ - ٨٤٦ - ٣٤٨ .

(٤) استئناف مخطط ٣٠ مايو ١٩٣٤ الحماة ١٦ - ١٣ - ٥١ .

والفقرة الثالثة نصت على تحقيق الشرط الذي علق عليه انتقال الملكية وهو وفاة جميع الثمن، وربت على ذلك انتقال الملكية الى المشتري مستندة الى وقت البيع .

والفقرة الثانية توقعت تخلف الشرط أى عدم قيام المشتري بدفع أقساط الثمن (١) ، واستعمال البائع حقه فى فسخ البيع (٢) ، واحتياطه لذلك مقدماً بالنص فى عقد البيع على أنه فى حالة الفسخ يجوز له أن يستبقى على

(١) يكون الاتفاق عادة على أن يتأخر فى دفع أى قسط يجعل سائر الأقساط تحمل دفعة واحدة ويغول البائع الحق فى الفسخ . وقد حكم بأنه اذا اشترط البائع أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً فإن ذلك ليس معناه أنه اذا دفع القسط الأول ولم يدفع باقى الأقساط يكون البائع محروماً مما يجوز له القانون من حق الفسخ عند عدم دفع المتأخر من الثمن بل ان هذا الحق ثابت له بنس القانون ودون حاجة لاشتراطه فى العقد (نقض ٢ مايو ١٩٣٥ المجموعة ٣٦ رقم ١٨٧) .

(٢) يلاحظ أن تأخر المشتري فى دفع أى قسط يجعل سائر الأقساط تحمل دفعة واحدة بنس النقد . وفى هذه الحالة يكون البائع بالخيار بين التمسك بالنقد والتفويض باقى الثمن وبين فسخ النقد والاحتفاظ بالأقساط التى قبضها كلها أو بعضها على سبيل التمويش . فاذا اختار التمسك بالنقد لم يجوز له استرداد المبيع ولو أنه باقى على ملكه لأن النقد يلزمه بالتسليم وضمان التمسك ، ولكنه اذا خصى بتبديد المبيع جاز له توقيع الحجز الاستيعاق عليه وطلب تعيين حارس عليه [فى هذا المعنى استئناف مخطط ٢٥ يونيو ١٩٤٢ (٥٤ ص ٢٥٦)] ، وكان له أن يطالب بالتأمين كقيل المشتري المتضمن منه فيه ولا يجوز لهذا السكيل أن يتخلص من كفايته بدعوى أن البائع لم يستعمل حقه فى فسخ البيع واسترداد المبيع لأن الفسخ رخصة للبائع لا يجبر عليها (استئناف مخطط ٦ يونيو ١٩٣٤ المحاماة ١٦-٢٣٤-٩٥) .

وإذا نفذ البائع على المبيع اعتبر ذلك نزولاً منه عن شرط الاحتفاظ بالملكية ولا يجوز له بعد هذا النزول الدلول عنه والتمسك بحق الملكية الذى كان له بمقتضى النقد (استئناف مخطط ٦ فبراير ١٩٣٤ المحاماة ١٥-٢-٣٨٨-١٨٤) ويجب عليه أن يرضخ فى ذلك اجراءات البيع الجبرى ولا يجوز له ولو كان المبيع بائناً فى حيازته يسه واستيفاء حقه من ثمنه دون اتباع هذه الاجراءات [استئناف مخطط ٢٢ ديسمبر ١٩٣٨ (٥١ ص ٨٧)] ، وإنما يكون له فى هذه الحالة امتياز البائع ضماناً لاستيفاء حقه من حاصل البيع الجبرى . أما اذا اختار المشتري فسخ النقد جاز له استرداد المبيع مع التمويش وفقاً لأحكام العقد وفى حدود القانون .

سبيل التعويض جزءاً من الأقساط المدفوعة ، فأجازت هذا الاتفاق وأجرت عليه حكم الشرط الجزائي المنصوص عليه في المادة ٢٢٤ فقرة ثانية وهي تقضى بأنه « يجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه » .

وبناء على ذلك إذا كان ما دفعه المشتري من الأقساط قبل الفسخ قليلاً ، جاز للقاضي أن يتركه للبائع . أما إذا كان المشتري قد وفى أكثر الثمن ولم يبق الا القليل ، جاز للقاضي إلزام البائع بأن يرد ما قبضه من الأقساط بعد خصم المبلغ الذي يحده مقابلاً للتعويض عن الفسخ^(١) .

ويلاحظ أن الاحالة الواردة في المادة ٣٠؛ اقتضت على حكم الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ولم تشمل حكم الفقرة الأولى من هذه المادة وهي التي تقضى بأن « لا يكون التعويض الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » . ويستفاد من ذلك أن المشرع أراد أن يجعل استحقاق البائع الأقساط المدفوعة كلها أو بعضها على سبيل التعويض عن فسخ البيع غير مقيد بإثبات حصول ضرر من الفسخ ، أى أنه أراد بعبارة أخرى أن يفرض القاضي في أن يترك للبائع بعض الأقساط المدفوعة ولو لم يثبت حصول ضرر له بسبب الفسخ .

وإذا كان المبيع بهذه الطريقة منقولاً ، وكان المشتري قد تصرف فيه الى آخر قبل فسخ عقده ، وسله اليه ، فإن البائع الأصلي لا يستطيع بعد حصوله على حكم الفسخ أن يسترد المبيع من المتصرف اليه الأخير ، إذا تمسك هذا بقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » . ويقع على البائع

(١) في هذا المعنى استئناف مخطوط ٢ أبريل ١٩٣٥ المحاماة ١٦ - ٨٠١ - ٣٦٣ .

الأصلي عبء اثبات سوء نية الحائز المتصرف إليه أى عليه بأن من تصرف له لم يكن مالكا العين المتصرف فيها. ويجوز له أن يثبت ذلك بكافة الطرق ومنها القرائن القضائية . فإذا استطاع أن يثبت سوء نية المتصرف إليه ، جاز له استرداد المبيع ، ولم يكن للمتصرف إليه أى حق فى مطالبته بأن يدفع إليه الثمن الذى اشترى هو به المبيع من المشتري الأول لأن المبيع لا يمكن اعتباره فى مثل هذه الحالة مسروقاً ولا ضائعاً .

هذا ويلاحظ أن الفسخ لا يقع بحكم القانون نتيجة لتخلف الشرط الواقف لنقل الملكية، كما يقع الفسخ الذى يترتب على تخلف الشرط الواقف للمقد كله ، بل يجب طلبه من المحكمة، ويكون البائع أن يطلبه أو لا يطلبه، وللمحكمة أن تجيبه الى طلبه أو لا تجيبه . فإذا وجد البائع أن من مصلحته أن يتمسك بالمبيع وأن يطلب بدلاً من فسخه تنفيذه والزام المشتري بإبقى الثمن ، كان له ذلك . غير أنه إذا قذف البائع بإبقى الثمن على المال المبيع ذاته ، كان ذلك تنازلاً منه عن حق الملكية الذى سبق أن احتفظ به فى عقد البيع وكان هذا التنازل باتاً لا رجوع فيه ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بملكية المبيع تمهيداً لاسترداده ، ولكن يكون له أن يستوفى حقه من قيمة المبيع بالأولوية على غيره من الدائنين ، أى أنه يكول له حق امتياز البائع .

ثم حسم المشرع فى الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ خلافاً قديماً ، فقد جرت العادة أن يفرض البائع فى مثل هذا المقعد على المشتري تسمية العقد إيجاراً أمعاناً منه فى ضمان حقه ، فترددت بعض المحاكم فى هذه الحالة فى وجوب الأخذ بهذه التسمية أو عدمه، أى فى وجوب تطبيق أحكام الإيجار أو أحكام البيع ، واستقر رأى على أن العبرة فى ذلك بحقيقة قصد العاقدين كما يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد ، وعلى أنه عند عدم إمكان استخلاص

النية يجب الأخذ بما وصف به العاقدان عقدهما^(١). فنص المشرع صراحة على أن تسمية العقد ايجاراً لا تلزم المحاكم بأن تطبق عليه أحكام الإيجار ولا تمنعها من تكييفه بأنه بيع ومن اجراء أحكام البيع عليه متى توافرت فيه مقومات العقد المنصوص عليه في المادة ٤٣٠ المذكورة .

ويلاحظ أن الاتفاق في عقد البيع على الاحتفاظ للبائع بملكية العين المبيعة الى أن يدفع كامل الثمن انما هو خروج على القواعد التي سنها الشارع لأحكام البيع ، فيجب أن يكون حاصله بعبارة صريحة لا غموض فيها . فإذا نص في العقد على أنه اذا تأخر المشتري في دفع أى قسط من الاقساط تحمل سائر الأقساط دفعة واحدة ويلزم المشتري بدفع فوائد التأخير ، ونص فيه أيضاً على منع المشتري من التصرف في المبيع الى حين سداد الثمن جميعه ، فان ذلك لا يفيد أن هذا البيع بالتقسيط يحتفظ فيه بالملكية للبائع الى حين سداد جميع الثمن ولا تطبق عليه أحكام المادة ٤٣٠^(٢) .

وينبغي التمييز بين البيع مع الاحتفاظ بالملكية الى حين سداد الثمن — وهو الذى ينطبق عليه حكم المادة ٤٣٠ بما فيها فقرتها الرابعة أى ولو سمي ايجاراً — ، وبين الإيجار المقترن بوعدها بالبيع وهو عقد ايجار لا ينطبق عليه حكم المادة ٤٣٠ وانما يكون مقترنا بوعدها من المؤجر الى المستأجر أن يبيعه العين المؤجرة بشمن معين اذا هو رغب شراءها في نهاية مدة الاجارة ، كما اذا استأجر شخص قطعة أرض لمشروع طويل الأمد وكان يخشى أن يتصفى معه المؤجر في تجديد الاجارة عند انتهاء مدتها الأولى ، فاحتاط لذلك بأن

(١) بنى مزار الجزية ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ — ١٠٣٢ — ٤٣١ ، الاسكندرية

١٥ ديسمبر ١٩٤٠ الهامة ٢١ — ٩٢٨ — ٣٨٧ .

(٢) في هذا المعنى استئناف مخطط ١٩ نوفمبر ١٩٣٥ الهامة ١٧ — ٣٥٤ — ١٧٧ .

استكتب المؤجر وعداً أن يبيعه هذه الأرض بثمن معين أو بثمن المثل .
غير أنه يجب في عدم تطبيق المادة ٤٣٠ على هذا الاتفاق الأخير أن يكون
الايجار ايجاراً حقيقياً والوعد بالبيع مقصوداً به البيع بثمن حقيق لا بثمن
صوري أو تافه^(١) .

٤٦ - (٧) البيع مع خيار التعيين - يجوز أن يتفق العاقدان على أن
يكون محل البيع أحد شئتين يعينه البائع أو يعينه المشتري فيكون للبائع
في الحالة الأولى أو للمشتري في الحالة الثانية خيار التعيين ، أى تعيين أحد
الشئتين الذى تبرا ذمة البائع بنقل ملكيته وتسليمه الى المشتري . ويعتبر
الزام البائع في كلتا الحالتين التزاماً تخييرياً . والغالب في العمل صورة ترك
خيار التعيين للمشتري . فكثيراً ما يتردد المشتري في حضرة البائع بين شراء
شيء معين أو آخر ، فيعرض عليه البائع أن يأخذ كلا الشئتين ليفاضل بينهما
أو يستشير من يريد في الخيار بينهما على أن يرد اليه الشيء الذى لا يقع
عليه اختياره .

وإذا ملك قبل الاختيار أحد الأشياء المعتبرة محلاً للعقد اعتبر الشيء
الذى ملك كان لم يكن محلاً للعقد ، واقتصر المحل على الأشياء الباقية .
فإذا كان الباقي شيئاً واحداً ، انحصر فيه الالتزام وامتنع الخيار ، أى أن
الالتزام يصبح كما لو لم يكن تخييرياً في أى وقت من الأوقات . ومتى تم

(١) في هذا المنى اسماعيل غانم ط ١ ص ٣٣ ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه
إذا وصف عقد بأنه تأجير سيارة مع خيار المتأجر في مقتراتها ، ونس فيه على أن يدفع المتأجر
نصف الأجرة مقدماً والنصف الباقي مطلقاً على مواعيد معينة بحيث يكون للمتأجر عند انتهاء
مدة الاجارة ودفع باقي الأقساط المتفق عليها أن يختار شراء السيارة بثمن محدد ، فإن هذا العقد
يختبر عقداً يبرأ إذا تبين أن الأجرة المبينة به لا تتناسب مطلقاً مع الخدمات التى قد تؤدها السيارة
للمتأجر المذكور وأنها في الواقع ليست الا أقساطاً من ثمن المبيع وأن الثمن المحدد في الوعد
بالبيع ثمن لا يتناسب مطلقاً مع قيمة المبيع بحيث لا يمكن اعتباره ثمناً حقيقياً (استئناف
مختلط ١٩ فبراير ١٩٣٠ المجلد ١١ - ٧٦٩ - ٤٠٠) .

الاختيار ، امتنع العدول عنه بغير رضا الطرف الآخر ، واعتبر الشيء الذى وقع عليه الاختيار كما لو كان هو الواجب الأداء وحده من بادى الأمر .

فاذا كان الخيار للمشتري وامتنع عن الاختيار ، عين له القاضى أجلا يختار فيه ان طلب البائع ذلك . ومتى انقضى الأجل ، انتقل الخيار الى البائع (المادة ٢٧٦ فقرة ثانية) .

أما اذا كان الخيار للبائع وامتنع عن الاختيار ، جاز للمشتري أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه البائع . فاذا انقضى الأجل دون أن يختار البائع تولى القاضى بنفسه تعيين المال الذى تبرأ ذمة البائع بتسليمه الى المشتري (المادة ٢٧٦ فقرة أولى) .

واذا كان الخيار للبائع ثم هلكت كل الأشياء المبيعة وكان البائع مسئولاً عن هذا الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء ، كان ملزماً بأن يدفع قبعة آخر شيء هلك ، لأن هذا الشيء قد انحصر فيه التزامه بعد أن هلكت الأشياء الأخرى ، فيدفع قيمته سواء كانت أكثر أو أقل من قبعة تلك الأشياء الأخرى (المادة ٢٧٧) .

وكما يرد خيار التعيين على المبيع يجوز كذلك أن يرد على الثمن كأن يتفق الطرفان على ثمن منجز وآخر منجم أو على ثمن محدد (فوراً كان أو منجماً) وآخر فى شكل إيراد مؤبد أو إيراد ممدى حياة البائع وأن يترك الخيار بينهما فى مدة معينة للمشتري أو للبائع حسب اتفاق العاقدین .

وفى هذه الحالة أيضاً يطبق حكم المادة ٢٧٦ بفقرتها كما تقدم مع ملاحظة أن المقصود فيه بالمشتري كان الدائن فى الالتزام بنقل الملكية وأن المقصود فيه بالبائع كان المدين فى هذا الالتزام ، فيراعى عند تطبيقها على خيار تعيين الثمن أن المشتري هو المدين بالثمن فيطبق عليه الحكم الذى تقدم

فما يتعلق بالبائع ومع ملاحظة أن البائع هو الدائن بالثمن فيطبق عليه الحكم الذي تقدم فيما يتعلق بالمشتري .

ويلاحظ أنه يجوز الاتفاق على أنه في حالة اختيار الثمن المنجم أو الإيراد المرتب وتأخر المشتري في دفع أى قسط من الأقساط يبطل الخيار ويصبح للبائع الحق في المطالبة بالثمن الآخر المقدر بمبلغ محدود فوري .

٤٧ - (٨) البيع مع امتياز المشتري بحسب اءمول غيره محدد في الصفة -
يغلب في بيع العقار أن يحرر الطرفان عقداً مؤقتاً لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للتسجيل ريثما يتسنى لها استيفاء هذه الشروط وتحرير العقد النهائي الصالح للتسجيل .

وكثيراً ما يحدث أن يشترط المشتري في العقد الموقت (أو الابتدائي) أن يكون له الحق في تعيين شخص المشتري النهائي عند تحرير العقد الذي سيسجل وأن يقر البائع باستعداده لتوقيع العقد النهائي لصالح المشتري أو أى شخص آخر يمينه له المشتري . ويكون غرض المشتري من ذلك أحياناً أداء خدمة الى شخص آخر ، ولكن الغالب فيه أن يقصد الربح من طريق إيجاد مشتر آخر بضمن أعلى من الثمن الذى اشترى هو به فيكسب الفرق بين الثمنين ويقصد رسوم التسجيل وهى تصل أحياناً الى ٧٪ من الثمن .

وقد أجاز قانون المرافعات في تنظيم اجراءات البيع الجبرى للرأى عليه المزايد أن يقرر في خلال ثلاثة أيام أنه انما اشترى لحساب شخص آخر يسميه (المادة ٦٧٠) . ولا مانع من أن يحدث مثل ذلك أيضاً في بيع المنقول .

فما حكم هذا الشرط وأثره في عقد البيع ؟
ظاهر أن هذا الشرط يحول المشتري خياراً بين أن يسبق الصفقة لنفسه وبين أن يحل غيره فيها ، وأنه يلزم البائع بقبول نتيجة اختيار المشتري ، أى

بارتباطه بأحكام البيع اما ازاء المشتري نفسه واما ازاء الشخص الذى يعينه المشتري لذلك بحسب اختياره .

والغالب أن تعين مدة لخيار المشتري ، كعدد من الأيام أو الأشهر أو الميعاد الذى يجب فيه توقيع العقد النهائى . فإذا لم يعين المشتري شخصاً آخر فى خلال هذه المدة اعتبر أنه اختار الاحتفاظ بالصفقة لنفسه . وإن عينه اعتبر الأخير هو المشتري من وقت العقد الأصيل وصار للمشتري الأصيل كان لم يكن مشترياً فى أى وقت من الأوقات .

ويفسر الفقه ذلك بافتراض وكالة بين المشتري الأصيل والمشتري النهائى من شأنها ترتيب آثار البيع فى ذمة الأخير مباشرة بدلاً من ترتيبها فى ذمة الأول . ولكن يعترض على ذلك بأن الوكالة يجب أن تقوم بين الطرفين وقت إبرام الوكيل العقد الأصيل وأن يبرم الوكيل العقد بهذه الصفة . والغالب ألا توجد صلة بين المشتري الأصيل والمشتري النهائى وقت إبرام العقد الأصيل بل قد يجهل المشتري الأصيل فى ذلك الوقت وجود شخص المشتري النهائى ، فكيف يمكن تصور الوكالة بينهما ؟ هذا فوق أن افتراض الوكالة يتعارض مع حكم هذا العقد فيما لو لم يستعمل المشتري الرخصة المقررة له فى إحلال غيره محله فى الصفقة ، اذ يبقى هو المشتري نهائياً وتنشأ فى ذمته آثار البيع وبعدم كل أثر لتلك الوكالة المزعومة ^(١) .

(١) فى هذا المعنى قض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ العامة ٣١-٨٤-٤٥ وقد جاء فيه أن « حاصل ما اتفق عليه الرأى فى أحكام البيع الذى يحفظ المشتري فيه بحق ادخال الغير فى الصفقة حالاً على لا مشتركاً فيها معه أن عقد البيع يظل قائماً نافذاً فى حق المشتري الظاهر إلى أن يسلفه فى اختيار الغير . وهذا الاتفاق يستند شراء من يختار المشتري إلى عقد البيع الأول من تاريخ انعاده ، ويرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة له فى عقد البيع ، ويرتب له قبل المشتري الظاهر جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتي كانت متعلقة به لو أنه لم يسلفه فى الاختيار أو أمهله بمسئله المفق عليه . والقول بأن تكييف العلاقة القانونية بين المشتري

لذلك نرى أن خير تكيف لثل هذا العقد هو أنه يبع مع الاحتفاظ
للمشتري بغير تعيين شخص المشتري النهائي . وحكمه أنه إذا استعمل المشتري
الأصلي الرخصة المخولة له في المدة المعينة لذلك ، اعتبر العقد منعقداً بين البائع
ومن عينه المشتري الأصلي ، والا فبين البائع والمشتري الأصلي نفسه .

غير أنه إذا ترتبت على العقد الأصلي حقوق للغير وثبتت هذه الحقوق
قبل أن يستعمل المشتري الأصلي خياره ، كالحق في الشفعة مثلاً إذا أبدى
الشفيع رغبته في الشفعة وسجلها قبل أن يستعمل المشتري خياره ، فلا يمنع
على ذلك الغير (الشفيع) باستعمال المشتري حقه في الخيار وبانتقال آثار
البيع إلى الشخص المختار ولا يلزم الشفيع بتوجيه إجراءات الشفعة إلى المشتري
النهائي^(١) .

== الذي يحفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر وكالة تجري أحكامها على الآثار القانونية
لعقد الوكالة ولغير صحيح على إطلاقه . فإن اسناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول ورغم
عدم وجود تفويض أو تفويض منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع وبما عين المبيعة في ملكية
المشتري الظاهر إذا لم يسد حقه في الاختيار أو أعملة بهدالبيد المتفق عليه ، تخالف أحكامها أحكام
الوكالة . أما ما يبرره التفقة انقضاء في فرنسا في اقتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير فليس
الاجزأ قاصراً على حالة ما إذا عمل المشتري حقه في اختيار الغير في البيع المتفق عليه مع البائع .
أما قبل ذلك أو إذا لم يسد هذا الحق أصلاً أو عمل بهدالبيد فإن الاقتراض يزول ، وتزول
مع كل الآثار المترتبة على الوكالة » .

(١) نفس مدني ٩ مارس ١٩٥٠ القرار إليه آتيا وقد جاء فيه أن الفقرة في القرار
المبيح على شرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيع وتكملها وتعد منها أحكام
الشفعة . ولما كان من المقرر أن الفسخ لا يحتاج إلى حق اكتسبه الغير ضد المشتري به تسجيل
انذار الشفعة ، وكان انذار الشفعة قد سجل في هذه الحالة قبل الانذار الملحق للشفيع الذي ثبت
به تاريخ الاثبات الحاصل بين المشتري والغير ، وهو الانذار الذي يعتبر احتمالاً لحق اختيار الغير ،
فلا يجوز الاحتجاج على الفسخ بما جرت من حقوق على هذا الأخير » .

المبحث الثالث

الوعد بالبيع والوعد بالشراء (*)

٤٨ - التمييز بين مجرد الرغبة والوعد بحجب ومشروع البيع والوعد بالبيع -
(١) مرحلة الرغبة في البيع أو في الشراء - إذا أعلن شخص عن رغبته في بيع مال معين أو في شراء مال من نوع معين بأن وضع لافتة مثلا على المبيع تفيد ذلك أو نشر عنه في الصحف أو في نشرات خاصة، فإن الاعلان عن هذه الرغبة لا يفيد صاحبه في شيء ولا يحدث أى أثر قانوني ، وهو لا يعدو أن يكون فعلا ماديا قصد به لفت نظر الراغبين في شراء أو بيع مثل هذا المال ودعوتهم الى الاتصال بمن صدر منه ذلك الاعلان للتفاهم معه على شروط البيع سواء بتقديمهم اليه بايجاب محدد أو بدعوته هو الى تقديم ايجاب محدد اليهم ^(١) .

* بعض المراجع : Levrier, Contribution à l'étude des promesses de vente, thèse Bordeaux 1921; Foissin, Des promesses de vente thèse, Toulouse 1924; Wahl, La lésion dans les promesses unilatérales de vente, Rev. trim. 1924 P. 571 et s.; Lalor, Les promesses unilatérales de vente, D. H. 1928 chr. ; H. Boyer, Des promesses unilatérales de vente d'immeubles thèse Toulouse 1931; Delommez, Des promesses unilatérales de vente d'immeubles thèse Lille 1947; H. Boyer, Des promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant - contrats, Rev. trim. 1949, P. 1 ets.

(١) ومن هذا القبيل عرض الدولة بعض أملاكها الخاصة للبيع ، وقد قضت محكمة النقض في ٢٤ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧-٤٥٠-٦٢ بأن مفاد نصوص المادة السادسة من دكرتو ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ بشأن خيرية ما يباع من أطلال الحكومة والمادتين ١٩٠، ١٨ من مرسوم وزارة المالية الصادر بتاريخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ أن التفاهد بفان بيع الأملاك الخاصة بالموت لا يتم بين مصلحة الأملاك وبين طالبى الصرا إلا بالتصديق عليه من وزارة المالية إذا ان هذا التصديق هو التبول بالبيع ممن يملكه ولا يعتبر اعلان هذه المصلحة عن رغبتها =

(ب) مرحلة الإيجاب — فإذا عرض شخص على آخر أن يبيعه عينا معينة لقاء ثمن معلوم ، فإن هذا العرض في ذاته لا يلزم من صدر منه الا بالبقاء على إيجابه الى أن ينقضى الميعاد المحدد للقبول أو الميعاد الذي يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (المادة ٩٣) . فإن لم يكن قد حدد ميعاد للقبول ، فإن الإيجاب لا يلزم من صدر عنه الا المدة اللازمة لبدء من وجه اليه قبوله اياه ووصول القبول الى علم الموجب (المادة ٩٤) .

(ج) مرحلة المشروع المتفق عليه — فإذا قبل الإيجاب من وجه اليه ، ولكنه علق انقضاء العقد على اجراء معين ، كتحريره في ورقة رسمية ، أو اذا حرر الطرفان عقدا ابتدائيا نصا فيه على أن العقد لا يعتبر تاما الا بعد توقيع العقد النهائي ، فإن العقد لا ينقصد ولا يقيد أيا من الطرفين ما دام الاجراء المتفق عليه لم يتم ، وفي هذه الحالة يتوافر إيجاب وقبول ولكنهما لا يكفيان لانقضاء العقد ، فيكون ثمة أكثر من مجرد رغبة من إيجاب وأقل من عقد تام ، أى أنه يكون ثمة مشروع عقد متفق عليه *projet agréé* لا تتوافر له قوة الالتزام . وكثيرا ما يحدث ذلك في البيع عن طريق المزايدة ، اذ ينص في شروط المزايدة على أن ارساء المزايد على شخص معين لا يعتبر عقدا وعلى أن التعاقد لا يتم الا بتحرير وثيقة وتوقيعها من الطرفين . وفي الفقرة ما بين رسو المزايد وتحرير العقد لا يكون هناك عمل قانوني تام بل مجرد مشروع تعاقد متفق عليه .

(د) الوعد بالبيع أو بالشراء — أما الوعد بالبيع فانه أكثر من مجرد إيجاب ومن مشروع تعاقد ، لأنه يتكون (أولا) من وعد أحد الطرفين الآخر

على البيع ولا الاجراءات التي تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبى العراء ومما سة على الثمن إيجاباً من جانبها ، ذلك أن الإيجاب في هذه الحالة إنما يكون من راغب العراء بتقديمه للعراء على أساس سر سري ولا يتم التعاقد الا بقبول المصلحة بذلك للبيع . وقد اشترطت النصوص المختصة أن يصدر التعبير بالقبول من وزارة المالية دون غيرها .

بأن يبيع له عيناً معينة بشئ معلوم اذا قبل الآخر الشراء خلال مده محددة، (وثانياً) من قبول الطرف الآخر ربط الاول بهذا الوعد . فالوعد بالبيع يتكون اذن من ايجاب وقبول ، وكذلك الوعد بالشراء . ولذا يعتبر عقداً تاماً لا مجرد ايجاب أو مشروع تعاقداً ، ولكنه لا يكون عقد بيع بل عقداً متميزاً عن البيع يدخل في طائفة العقود غير المسماة .

ذلك أن البيع ينشئ من فوره في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، ان لم ينقلها بالفعل ، والتزاماً بتسليم المبيع وبضمانه ، كما ينشئ في ذمة المشتري التزاماً بدفع الثمن وملحقاته وتسليم المبيع . أما الوعد بالبيع فلا ينشئ شيئاً من ذلك بل يقتصر على الزام الواعد بأن يعقد عقد بيع اذا طلب الطرف الآخر منه ذلك في مدة معينة^(١) .

٤٩ - صور الوعد بالبيع أو بالشراء - وقد يتخذ الوعد بالبيع أو بالشراء صوراً مختلفة ، فقد يكون وعداً متبادلاً من الجانبين بالبيع وبالشراء . مما كما اذا وعدتكم أن أبيعكم سيارتي بألف جنيه في خلال شهر ووعدتني أنت أن تشتريها مني بهذا الثمن اذا أنا قبلت بيعها في خلال المدة ذاتها . فهذا الوعد بالبيع والشراء عقد ملزم للجانبين . وقد يكون الوعد بالبيع فقط من جانب البائع . فاذا قبل الطرف الآخر هذا الوعد ، تم بين الطرفين عقد وعد بالبيع ملزم جانباً واحداً هو جانب البائع . وقد يكون الوعد بالشراء فقط من جانب المشتري . فاذا قبل هذا الوعد من وجه اليه انعقد بين الطرفين عقد وعد ملزم جانباً واحداً هو جانب المشتري . وهناك صورة أخرى من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو الوعد بالتفضيل بمقتضاه يعد المالك شخصاً آخر أن يفضل على غيره اذا ما رغب في بيع مال معين في مدة محددة . وعلى ذلك تكون أهم صور الوعد بالبيع أو بالشراء ثلاث ، هي :

(١) انظر بلانجول وريير واسمان ج: نيفه ١٤٤ ، ديوميز في رسالة من ليل سنة ١٩٤٧ م ٦٥ ، وفرون عكس ذلك ديموج في المجلة الفصلية للقانون للذي ١٩٠٦ م ٢٥٩ ، بوايه في الوعد ببيع عطار ملزم جانباً واحداً ، رسالة من تولوز سنة ١٩٣١ .

- (١) الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، ويلحق به الوعد بالتفضيل .
- (٢) الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد .
- (٣) الوعد المتبادل بالبيع والشراء^(١) .

٥٠ - النصوص المتعلقة بالوعد بالبيع أو بالشراء نصت المادة ١٥٨٩

مدني فرنسي على أن الوعد بالبيع يعتبر بيعاً إذا كان بين الطرفين رضا متبادل على الشيء (الموعود ببيعه) وعلى الثمن :

La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

وقد اختلفت الشراح في فهم هذا النص ومداه ، فذهب الكثرة الى أنه يقصد به الوعد المتبادل بالبيع والشراء لأنه هو وحده الذي يتضمن رضا متبادلاً *consentement réciproque* وتتوافر فيه جميع أركان البيع بحيث يعتبر بيعاً *vaut vente* وترتب عليه جميع آثار البيع من وقت انعقاده كانتقال الملكية وتبعية الهلاك (في القانون الفرنسي) والتزام المشتري بالثمن . أما الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فلا ينطبق عليه نص المادة ١٥٨٩ ويجب الرجوع في شأنه الى القواعد العامة (بودرى لاكا تينرى) .

وبالعكس من ذلك ذهب فريق من الشراح الى أن هذا النص لم يقصد به الوعد المتبادل بالبيع والشراء بل الوعد الملزم لجانب واحد ، لأن عبارة الرضا المتبادل التي وردت في النص معناها حصول الاتفاق على الشيء والتمن لا تبادل التعهد من الجانبين، ولأن الوعد المتبادل هو في حقيقته بيع فلم يكن

(١) يعتبر الأستاذ السنهوري وكذلك الأستاذ حننت أبوستيت أن الوعد الملزم للجانبين هو العقد الابتدائي شيء واحد (انظر السنهوري في الوسيط ج ١ نذرة ١٣١ وما بعدها ج ٤ ص ٨١ هامش ١ ، أبوستيت ، في نظرية الالتزام ط ٢ سنة ١٩٥٤ ص ٩٨ هامش ١) ، مع أن المصنوع بالعقد الابتدائي في السمات المتعارفة إنما هو العقد الذي يمرر لاثبات التعاهد بالبيع بين الطرفين في انتظار اعداد العقد النهائي الذي تستوفى فيه اجراءات الصهر وهو يختلف من الوعد بالبيع الملزم للجانبين في أنه يبع تام مترتب عليه من وقت انعقاده جميع آثار البيع عدا انتقال ملكية المصار بالبيع .

يحتاج الى النص عليه بأنه يساوى البيع *vant vente* ، ولأن المشرع قصد بهذه العبارة الأخيرة أن يقرر أن الوعد بالبيع ينتج - بعد قبول الموعود له الشراء - جميع آثار البيع دون حاجة الى إبرام عقد جديد بين الطرفين، وذلك حسبما لخلاف كان قائماً بين شراح القانون الفرنسى القديم فيما يتعلق بمجراه امتناع الواعد بالبيع عن تنفيذ التزامه بإبرام البيع حيث كان بعضهم يقول بأن التزام الواعد يستحيل فى هذه الحالة الى تمويض نظراً لتعذر التنفيذ العيني الجبرى والبعض الآخر يقول بإمكان هذا التنفيذ عن طريق الحكم على الواعد بالبيع بتسليم المبيع أو على الواعد بالشراء بدفع الثمن، فأراد المشرع أن ينص صراحة على الأخذ بهذا الرأى الأخير (بلانيول) .

وذهب فريق ثالث الى أن المادة ١٥٨٩ تشمل الوعد المتبادل بالبيع وبالشراء كما تشمل الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، لأن نصها وحكمها يتسعان للنوعين ، فعبارة « الرضا المتبادل على الشيء وعلى الثمن » تنطبق على كلا النوعين لأنها لا تفيد اشتراط التصديق من الجانبين بل مجرد الاتفاق بين الطرفين على الشيء وعلى الثمن. وكذلك عبارة « الوعد بالبيع يعتبر بيعاً » تنطبق على الحالتين ويقصد بها أن عقد الوعد سواء أكان ملزماً لجانب واحد أم كان ملزماً للجانبين ينتج آثار البيع ويغنى عن إبرام عقد جديد متى قبل الموعود له الشراء أو البيع، وغاية الأمر أنه يجب التمييز فى الوعد المتبادل بين حالتين حالة الوعد بالبيع وبالشراء مع تعيين مدة معينة لقبول البيع أو الشراء، وحالة الوعد المتبادل دون تعيين مدة . وفى الحالة الأخيرة لا يكون اتفاق الطرفين مجرد وعد بالبيع بل بيعاً تاماً ، ولا عبرة بتسمية الطرفين اياه وعداً لأن ارادة كل منهما اتجهت الى البيع معلقاً على قبول الطرف الآخر ، وقد تحقق هذا القبول فى الوقت ذاته ، فلا يكون ثمة تعليق وينتج البيع آثاره فى الحال دون أن يعتبر داخلاً فى حكم المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى . أما فى الحالة الأولى فلا تكون ارادة الطرفين متجهة الى البيع فى الحال لأن تعيينها مدة

يفيد أنهما ينتظران قبولا يصدر من أحدهما بإبرام البيع فلا يكون اتفاقهما الا وعداً متبادلاً ملزماً للجانبين ، وتنطبق عليه المادة ١٥٨٩ كما تنطبق على الوعد الملزم جانباً واحداً (يبدان) .

وقد أخذ هذا الفريق الأخير من الشراح على النص الفرنسي أنه لم يشترط في الوعد بالبيع تعيين مدة يجب فيها إبرام العقد الموعود به وقالوا بافتراض المدة دائماً في الوعد الملزم لجانب واحد ، وبإمكان تعيينها استناداً الى اتفاق الطرفين عليها صراحة أو ضمناً ، والا فيجوز للواعد أن يحدد بعد الوعد مدة وأن يعلن الموعود له بهذا التحديد ، فيقبله هذا أو يعارض فيه فتحدد المحكمة المدة المعقولة . وكذلك في الوعد المتبادل اذا أمكن الاستدلال على أن الطرفين لم يقصدا إبرام البيع في الحال دون حاجة الى ارادة جديدة تصدر من أحدهما بل قصداً إبرامه في المستقبل وبقبول جديد يصدر من أيهما .

وفي التقنين المصري الملغى لم يرد نص يقابل نص المادة ١٥٨٩ مدني فرنسي ، فاتبعت الشراح والمحاكم المصرية^(١) رأى الكثرة من شراح القانون الفرنسي ، واعتبرت الوعد المتبادل بالبيع والشراء بيعاً حقيقياً يترتب عليه

(١) وقالت في ذلك محكمة أسبوط الجزئية أنه وان كان القانون المصري لم يجز الوعد بالبيع صراحة الا أنه يجب اعتباره صحيحاً لأنه لا يخالف النظام العام ولا يتناقض الآداب العامة (٤ أبريل ١٩٢٥ المجبوعة ٢١ رقم ٤٧) .

انظر أيضاً استئناف مصر فبراير ١٩٤٨ المجبوعة ٣٠ - ١٠١٩ - ٤٥٧ ، الاسكندرية الوطنية ٢٥ يولييه ١٩٣٨ المجبوعة ١٩ - ٣٩٨ - ١٧٦ .

غير أن بعض الأحكام قد ذهبت الى غير ذلك حيث قررت أن مبدأ المادة ١٥٨٩ مدني فرنسي الخاص بالوعد بالبيع الذي لم ينص عليه في القانون الفرنسي الا للقضاء على منازعات قديمة في التصريح الفرنسي لا يمكن الأخذ به في مصر لاسيما وأن روح الفريعة الاسلامية في البيع تنافي ذلك ، وبناء عليه لا يجزى على الوعد بالبيع في القانون المصري أي أثر لبيع ، وانما يجزى عليه فقط تعهد بفعل أمر من جانب الواحد من (بنى سوييف الابتدائية ١٥ سجنبر ١٩١٩ المجبوعة ٣١ رقم ٩٦ ، مصر الجزئية ٥ مايو ١٩٣٥ المجبوعة ٥ - ٣٤١ - ١٠٢) .

انظر في الوعد بالتناقل في الفريعة الاسلامية ، ثروت حبيب ، في الالتزام الطبيعي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة ١٩٦١ ص ١٩٣ وما بعدها .

من وقت انعقاده جميع آثار البيع من انتقال للسلبة الى التزام بائع الخ. كما اعتبر الوعد بالبيع أو بالشراء من جانب واحد عقداً غير مسمى ينشأ التزاماً بعمل شيء، أى بإبرام عقد بيع، ولا ترتب عليه آثار البيع الا من وقت قبول الموعد له الشراء أو البيع، وأجازت للواعد أن يعين للموعد له أجلاً يستعمل فيه حقه فى الشراء، فإذا لم يستعمل الموعد له هذا الحق فى الميعاد، انقضى التزام الواعد .

ورأى واضعو التقنين المذنى المصرى الحالى ألا يخصوا الوعد بالبيع بالنص، وآثروا أن يضعوا فى باب الالتزامات بوجه عام أحكام الوعد بالتعاقد أياً كان نوعه حتى تسرى هذه الأحكام على الوعد بالبيع وعلى الوعد بالايجار وعلى الوعد بالرهن أو بالهبة أو غيرها من العقود، فتصروا فى المادة ١٠١ مذكى على أن :

١ - الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها .

٢ - وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

ونصوا فى المادة ١٠٢ على أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتسام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد .

وبين من ذلك أن المشرع المصرى الحديث قد ساوى فى هذه النصوص بين الوعد المتبادل الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين بإبرام عقد معين فى المستقبل وبين الوعد الملزم لطانب واحد الذى يعد بموجبه أحد المتعاقدين

فقط بإبرام عقد معين في المستقبل ، سواء من حيث الشروط الواجب توافرها في الوعد ، أو من حيث الأثر الذي يمكن أن يترتب على الوعد وبخاصة امكان تنفيذه تنفيذاً عينياً بغير ارادة المدين .

ولذا يتعين علينا أن ندرس أولاً الشروط الواجب توافرها في انعقاد الوعد بالبيع في أية صورة من صوره ، ثم نعرض أحكام كل نوع من أنواع الوعد بالبيع على حدة .

§ - ١ - أثر الوعد بالبيع^(١)

٥٢ - أثر الوعد بالبيع مؤثر - يخلص من نص المادة ١٠١ فقرة أولى مدني أنه يشترط في انعقاد الوعد بالبيع في أى صورة من صوره (أولاً) حصول الاتفاق على طبيعة الوعد .
(ثانياً) تعيين جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع وهي المبيع والثمن .
(ثالثاً) تعيين المدة التي يجب فيها إبرام البيع .

أما الاتفاق على طبيعة الوعد فيقتضى أولاً تبادل ايجاب وقبول متطابقين .

وقد تقدم أن الايجاب وحده لا يعتبر وعداً بالبيع بل لا بد لتقام الوعد من قبول من وجه اليه . ويشترط أن يكون الايجاب والقبول متطابقين فيما يتعلق بماهية الوعد والأثر المقصود منه . فإذا عرض الموجب أن يرتبط مع الطرف الآخر بوعد متبادل وقبل الآخر أن يرتبط الأول بوعد بالبيع ملزم للطرف واحد ، فلا ينعقد بينهما وعد متبادل ولا وعد ملزم للطرف واحد

(١) يلاحظ أن محل الوعد هو العقد الموعود به وأن سبب التزام الواعد هو رغبته في تحقيق ايجابه لصحة الموعود به (في هذا المعنى دولوميز ص ٦٧ وما بعدها)

لعدم اتفاقهما على طبيعة الوعد . وكذلك إذا صدر الإيجاب بوعده بالتفضيل .
وانتهت إرادة الطرف الآخر إلى قبول وعد بالبيع ملزم للجانب واحد ، فلا
ينعقد الوعد بالتفضيل ولا الوعد بالبيع .

وغنى عن البيان أنه يشترط في صحة كل من الإيجاب والقبول أن يكون
صادرًا من ذي أهلية له وأن يكون غالباً من عيوب الرضا .

فإذا كان الوعد ملزماً جانباً واحداً فإن المنطق يقتضى أن تتوافر في
الواعد أهلية الأعمال القانونية الضارة ضرراً محضاً ، ولكن لأن ضرر الواعد
في هذه الحالة ينحصر في التزامه بإبرام عقديع ، فيكتفى فيه بالأهلية اللازمة
لهذا العقد الأخير ، وهى أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ويجب أن
يكون له هذه الأهلية وقت الوعد ، ولا يكفي أن تتوافر وقت تحويل الوعد إلى
بيع بأبداء الموعد له رغبته في الشراء لأن الوعد يلزم الواعد بأن يبيع بمجرد
طلب الموعد له الشراء ودون صدور إرادة جديدة منه ، فقتشترط فيه منذ
الوعد الأهلية اللازمة للعقد الموعد به^(١) . أما الموعد له ، فلأنه لا يلزم
وقت الوعد بشئ ، تكفى فيه عند عقد الوعد أهلية الاغتناء ولكن يشترط
أن تتوافر فيه عند قبوله الشراء أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر لأن
هذا القبول تترتب عليه جميع آثار البيع فلا يصح صدوره إلا من كانت له
أهلية التعاقد بالبيع^(٢) .

وفيما يتعلق بشرط سلامة الرضا أى خلوه من العيوب ، فإنه يجب توافره
في الواعد وقت الوعد ، وفي الموعد له وقت الوعد ووقت قبوله الشراء
أيضاً ، لأن البيع يتم من جانب الواعد بموجب إرادته المكونة للوعد ونفس
ومن جانب الموعد له بموجب إرادتين : الأولى هى التى انعقد بها الوعد
والثانية هى التى قبل بها البيع ، فتعين أن تكون هذه الإرادات الثلاث خالية
من عيوب الرضا .

(١) و(٢) فى هذا المثل السهوى فى الوسيط ج ٤ ص ٦٢ .

وإذا كان الوعد متبادلا ، وجب أن تتوافر في كلا الطرفين أهلية الأعمال المتبادرة بين النفع والضرد من وقت إبرام الوعد ، ولا تكفي في أيهما أهلية الاغتناء لأن كلا منهما يلتزم بالوعد المتبادل . ووجب أن تتوافر ههنا الأهلية نفسها وقت قبول البيع أو الشراء أيضاً في الطرف الذي يستعمل حقه في هذا القبول ، ولا يلزم توافرها في الطرف الآخر وقت هذا القبول لأن عقد البيع انما يتم بموجب إرادته الأولى المكونة للوعد . وفيما يتعلق بشرط سلامة الرضا يلزم توافره في الإرادتين اللتين انعقد بهما الوعد وكذلك في إرادة من يقبل منهما البيع أو الشراء .

ولا يكفي في انعقاد الوعد بالبيع الاتفاق على طبيعته ، بل يجب أن يتناول الاتفاق أيضاً جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع^(٢) أى أن يتم تعيين المال

(٢) ههنا مدق ٢٣ يناير ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ١١٥ - ٢٢ وقد جاء فيه أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع سواء في القانون المدني القديم أو في القانون القائم اتفاق الواعد والموعود له على جميع المسائل الجوهرية لبيع الموعود به فضلاً عن المدة التي يجب فيها على الموعود له إظهار رغبته في الشراء وذلك حتى يكون السبيل مهيئاً لإبرام العقد النهائي ، مجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة إلى الاتفاق على شيء آخر . والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التي يرى المقتضيان الاتفاق عليها والتي كان يتم البيع بدونها — فإذا كان الطرفان قد أنصفا في البند الرابع من عقد البيع المبرم بينهما الذي اعتبره المحكم المعلنون فيه متضمناً وعداً من جانب الحكومة ببيع خمسينة فدان ثانية للمطون عليه من وجود شروط أخرى — إلى جانب الشروط الواردة في العقد — لم يسيئوا الطرفان وإنما تركا لوزارة المالية وضما عند إبرام بيع هذه الصفقة ، وكان حرص الحكومة على الإشارة في العرض إلى تلك الشروط يدل على أنها تعتبرها من الشروط الجوهرية لبيع والتي بدونها لا تقبل إبرامه ، فإن إظهار المطون عليه رغبته في المراء لا يؤدي ذاته إلى انعقاد بيع تلك الصفقة بل لابد ذلك من تعيين الشروط التي اتفق الطرفان على ترك أمر وضما لوزارة المالية ومن قبول المطون عليه لها بعد اطلاعها عليها ، ومن ثم فإن المحكم المعلنون فيه إذا اعتبر الاتفاق الواو في البند الرابع من العقد وعداً ببيع الخمسينة فدان الثانية وذلك مع خلوه من بيان بعض شروط البيع الجوهرية ، وإذا انتهى المحكم إلى اعتبار بيع هذه الصفقة قد تم صحيحاً بإظهار المطون عليه رغبته يكون قد أخطأ في القانون وخرج بمقتضاه عما اتفق عليه المقتضيان »

الموعد ببيعه وثمن البيع بالطريقة التي يجب تعيينها بها في عقد البيع ذاته^(١).

فيجوز تعيين المبيع بأوصاف معلومة للطرفين تكفي لتحديده، وكذلك يجوز في تعيين الثمن الاكتفاء ببيان طريقة تعيينه مستقبلاً كتعيين شخص ثالث يتولى تحديد الثمن أو الاتفاق على أن يكون الثمن قيمة مقدار معين من القطن محسوبة بسعر البورصة في تاريخ متفق عليه . . الخ. ولا يلزم الاتفاق في عقد الوعد على طريقة دفع الثمن أو آجال الدفع . بل يجوز ترك ذلك لأحكام القانون أو إرجاء الاتفاق عليه الى حين إبرام عقد البيع، وعندئذ فاما أن يتفق الطرفان على هذه المسائل المتعلقة، واما أن يختلفا في شأنها فيقضى فيها القاضي وفقاً لأحكام المادة ٥٥ مدني كما تقدم.

أما المدة التي يجب فيها إبرام العقد، فقد تقدم أن القانون الفرنسي لم يشترط تعيينها في الوعد. ولذا لم يعتبر هذا التعيين ركناً لازماً لانعقاد العقد ولم يرتب الشراحو المحاكم على عدمه بطلان الوعد، بل اعتبروا الوعد المطلق صحيحاً يجوز للموعد له أن يقبل الشراء في أي وقت، ولكنهم أجازوا للواعد أن يلجأ الى القضاء لوضع حد لارتباطه بوعده. ومتى عين القضاء مدة وجب على الموعد له أن يستعمل حقه في الشراء في خلال هذه المدة والا سقط الوعد. بل أجازوا للواعد أن يحدد بنفسه أجلاً للموعد له وأن يعمله به لكي يستعمل فيه حقه، فيعتبر هذا الأجل متفقاً عليه ما لم يعترض عليه الموعد له ويرفع أمره الى القضاء ويحصل على تحديد أجل أبعد من الأول. ولم يكف واضعو التقنين المدني الحالي بذلك، بل اشترطوا لانعقاد الوعد أن يتفق فيه على المدة التي يبرم فيها العقد الموعد به. فإذا لم تعين هذه المدة، لم ينعقد العقد أو وقع باطلاً بطلاناً أصلياً ولم يرتب عليه أي أثر،

(١) انظر أسبوط الابتدائية ٣ يناير ١٩٣٤ المجلد ١٤ - ٢ - ٤٩٨ - ٦٠ المجموعة

فلا يجوز للواعد أن يعين هو من تلقاء نفسه مدة يملن بها الموعود له، ولا يجوز للحكمة أن تكمل العقد بتحديد ما مدة يستعمل في خلالها الموعود له حقه في الشراء .

غير أن الاتفاق على المدة التي يجب فيها إبرام العقد لا يشترط أن يكون صريحاً ، بل يجوز أن يكون ضمناً ، فيجوز للقاضي أن يستخلص من ظروف الاتفاق على الوعد أن الطرفين قصداً تحديده بمدة معينة ، فيكفي ذلك لاعتبار الوعد منعقداً وعدم الحكم بإطلانه .

فإذا ورد الوعد بالبيع مثلاً في ضمن عقد إيجار ، أمكن أن يستفاد من ذلك أن مدة الوعد بالبيع هي مدة الإيجار ذاتها ، إذ الغالب أن يكون قصد الطرفين من هذا الوعد إعطاء المستأجر رخصة الزام المؤجر بأن يبيع إليه العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإجارة إذا رغب المؤجر عن تجديد الإجارة أو اشترط رفع الأجرة لذلك . ولكن أتمت مدة هذا الوعد بالبيع إذا امتدت الإجارة أو تجددت ؟

لا شك في أن المرجع في ذلك نية الطرفين . فإذا ثبت أنهما قصداً إعطاء المستأجر رخصة الشراء طالما بقي مستأجراً ، امتدت مدة الوعد بالبيع تبعاً لامتداد مدة الإيجار ، والاوجب تفسير الاتفاق لمصلحة الملتزم بالوعد واعتبار مدة التزامه مقصورة على مدة الإجارة الأصلية .

ولا يشترط أن تنجّه ارادة الطرفين وقت إبرام الوعد بالبيع نحو امتداد مدته تبعاً لامتداد مدة الإجارة ، بل يكفي أن يتجه قصدهما إلى ذلك وقت تجديد الإجارة أو امتدادها .

وإذا ثبت للقاضي في أي حالة من حالات الوعد بالبيع أن الطرفين قصداً تحديد الوعد بمدة ولم يتبين له حقيقة هذه المدة ، جاز له أن يعتبرهما قد اتفقا على المدة المقولة وثبت له حق تحديد هذه المدة .

هذه هي الأركان المشتركة الواجب توافرها في جميع صور الوعد بالبيع أو بالشراء^(١) ، وسنعرض فيما يلي لكل واحدة من هذه الصور على حدة.

§ ٢ — أعلام الوعد بالبيع في صورته المختلفة

٥٣ - (١) الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد : (١) ماهيته وأهميته

العملية وتكييف القانوني. — يتم الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد بأن يعد شخص أن يبيع الى آخر عيناً معينة ضمن معلوم اذا قبل الآخر أن يشتري بهذه الشروط خلال مدة معينة ، فيقبل الطرف الآخر أن يربط الاول بهذا الوعد دون أن يرتبط هو بشئ^(٢) .

ولهذا النوع من الوعد أهمية عملية كبيرة لأنه يسد حاجة محققة في التعامل . ومن أمثله الوعد بالبيع الوارد في ضمن عقد ايجار ، كما اذا أراد شخص اقامة مشروع صناعي أو تجاري وكان يحتاج في اقامته الى أرض وبناء يكلفانه جزءاً كبيراً من رأسماله الذي خصصه لهذا المشروع ، فانه يستطيع أن يكتفي باستئجار الأرض والبناء من مالكهما وأن يحصل منه على وعد بالبيع ، فيتقضى بذلك تعطيل جزء مهم من رأس ماله في شراء العقار ويضمن في الوقت ذاته عدم استبعاد المالك به عند نهاية الاجارة

(١) ولا يحتاج الوعد بالبيع الى شكل يصب فيه ، لأن البيع عقد رضائي ، فيكون الوعد بالبيع كذلك رضائياً ولو اشترط العاقلان في الوعد بالبيع عدم انعقاد البيع بد قبول الموعد له الصراء الا بوقعة رسمية ، لأن اشتراط الرسمية في عقد البيع في هذه الحالة وليد ارادة العاقلين وليس مفروضاً بحكم القانون ، فيتم الوعد بالتراضي ويجوز الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام القعد الرسمي ، خلافاً للوعد بقصد من العقود الشكلية التي فرض لها القانون شكلاً معيناً اذا لا يمكن الحصول بموجبه على حكم يقوم مقام القعد الشكلي (في هذا المعنى الشهوري في الوسيط ج ٤ ص ٦١ فقرة ٢) .

(٢) فلا يتخير وعدا بالبيع التمسد المختصر على وعد من جانب واحد بالحصول لصالح شخص آخر على موافقة مالك أرض معينة ببيعها لمن سيجي [في هذا المعنى استئناف مخطط ٢٢ مايو ١٩٣٥ (٤٣ ص ٣٨٥) المظامة ١٢ - ٩٠٩ - ٤٥٩] .

الأولى لأنه يستطيع هو إذا رفض المالك تجديد الاجارة أو طلب زيادة كبيرة في الاجرة أن يتمسك بحقه في شراء العين بالثمن المتفق عليه في الوعد بالبيع . بل ان هذا الشخص يستطيع أن يحصل من المالك المجاورين لمشروعه على وعد يبيع أملاكهم له في مدة معينة كي يضمن لنفسه امكان توسيع مشروعه مستقبلا اذا نجح المشروع واقتضى تجاحه هذا التوسع . والغالب أن يستقل الوعد بالبيع في هذه الحالة الأخيرة عن عقد الاجار ، ولكن لا مانع من أن يرتبط به اذا قبل الواعدون ذلك .

ومن تطبيقات الوعد بالبيع الملزم للجانب واحد ايضاً حالة البيع بشرط المذاق ، فقد تقدم أنه لا يعتبر في القانون المصرى بيعاً تاماً بل مجرد وعد بالبيع يلزم الواعد بتمكين الموعود له من المذاق وبالبيع اليه اذا هو قبل الشراء بعد المذاق ولا يلزم الموعود له بشئ .

ومنها ايضاً أن يتعهد المشتري من الحكومة في عقد البيع بأن يرد اليها كل ما اشتراه منها أو بعضه في نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه اذا رأت الحكومة ضرورة ذلك للنفعة العامة في مدة معينة ، فيعتبر ذلك وعداً بالبيع ملزماً هذا المالك بأن يبيع للحكومة ما اشتراه منها بالثمن الذي اشترى به اذا طلبت هي ذلك في خلال المدة المحددة^(١) .

وقد اختلف الشراح في تكييف الوعد بالبيع الملزم للجانب واحد ، فمنهم من اعتبره بيعاً معلقاً على شرط واقف هو استعمال الموعود له حقه في الشراء ، ومنهم من نازع في صحته بمقولة أنه عقد معلق على شرط ارادى فيقع باطلا ، ولكن جمهور الشراح على أنه عقد صحيح غير مسمى أى أنه عقد صحيح متميز عن عقد البيع وله أحكامه الخاصة به^(٢) .

(١) مصر الاجتاثية (بهجة استثنائية) ٥ ديسمبر ١٩٢٨ المجموعة ٣٠ - ١٠١ -

٤٧ وأظهر مثلين آخرين في نفس مدنى ٢٩ أبريل ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية -

٦١٢ ، ونفس ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ - ٢٠٤ - ٣٠ .

(٢) أظهر أسيوط الجزئية ٤ أبريل ١٩٢٠ المجموعة ٢١ رقم ٤٧ .

والرأى الأول يترتب عليه أن يكون لقبول الموعود له الشراء أثر رجعى من وقت إبرام العقد. وهو مردود بأن البيع المعلق على شرط يفترض توافق الإرادتين منذ إبرامه على البيع والشراء أى على انشاء التزامات البائع في ذمة أحد الطرفين والتزامات المشتري في ذمة الطرف الآخر ، مع تعليقها الى حين تحقق الشرط . وقد تقدم أن إرادة الواعد والموعود له لا تتجه الى شيء من ذلك ، فلا يمكن أن يعتبر الوعد الذى حصل بينهما بيعاً معلقاً على شرط .

والرأى الثانى مردود بأن الوعد بالبائع وعد منجز غير معلق على شرط أصلاً لأنه يلزم الواعد من وقت إبرام العقد الى حين انتهاء المدة المعينة فيه ، وبأنه حتى اذا تجاوزنا عن ذلك فإن الشرط الارادى الذى يبطل العقد بسببه هو الشرط الذى يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم لا الشرط الذى يجعل وجود الالتزام متوقفاً على إرادة الدائن (المادة ٢٦٧) .

والصواب هو رأى الجمهور ، فيتمين أن ندرس آثار الوعد بالبائع باعتباره عقداً غير مسمى وأن نبدأ بدراسة الآثار المترتبة على هذا الوعد في ذاته ثم ندرس الآثار التى تترتب على استعمال الموعود له حقه فى الشراء أو على عدم استعماله إياه .

٥٤ - (١) آثار الوعد بالبائع فى ذاته - ينشئ الوعد بالبائع فى ذمة الواعد التزاماً بإبرام البيع اذا طلب الموعود له ذلك فى المدة المتفق عليها ، ويقابل هذا الالتزام حق شخصى للموعود له بخوله مطالبة الواعد بإبرام العقد .

فالوعد بالبائع لا يخول الموعود له حقاً عينياً على المال الموعود بينعه بل حقاً شخصياً فقط قبل الواعد . ويترتب على ذلك أن ملكية المال المذكور

تبقى الواعد ولكن يجوز للموعد له أن يتخذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقه الشخصى أو لاقادته منه .

ويتفرع على بقاء الملكية للواعد النتائج الآتية :

- (١) تكون ثمار المال الموعد ببيعه ونماؤه وحاصلاته ملكا للواعد .
- (٢) وتكون التصرفات الصادرة من الواعد الى الغير فى المال الموعد به صحيحة نافذة فى حق الموعد له . فإذا باع الواعد هذا المال الى شخص ثالث ونقل اليه ملكيته ، كان هذا البيع نافذاً فى حق الموعد له ، فلا يجوز للأخير حتى بعد قبوله الشراء أن يدعى على هذا المال أى حق . وغاية الأمر أنه يجوز له أن يضمن على هذا التصرف بالدعوى البولصية اذا توافرات فيه شروطها^(١) ، وأهمها علم المتصرف اليه بالوعد بالبيع الذى حصل الاخلال به^(٢) .

(٣) واذا هلك المال الموعد ببيعه بقوة قاهرة ، فان كان الهلاك كلياً انقضى التزام الواعد لاستحالة الوفاء به وانقضى تبعاً له حق الموعد له فى التمسك بالوعد وقبول الشراء . وان كان الهلاك جزئياً ، لم ينقض التزام الواعد وجاز للموعد له أن يستعمل حقه فى شراء الباقي دون هلاك بالثمن المسمى فى الوعد دون نقصان ، لأن عقد البيع لا ينعقد فى هذه الحالة الا بعد الهلاك فيكون عمله هو الباقي فقط من المال الموعد ببيعه ، ولأن هذا العقد انما يتم تنفيذاً لعقد الوعد الذى لم يقبل فيه الواعد البيع الا بالثمن المسمى وبه كله ، فيجب أن يتم البيع بهذا الثمن المسمى^(٣) . والمشتري بعد بالحيار بين القبول والرفض . واذا حدثت فى المبيع زيادة ، فاما أن تكون الزيادة فى القيمة دون المقدار كالزيادة التى تنشأ من تصقيع الأرض ، واما أن

(١) السهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٦٤ ، ولارن البراوى نبذة ٩٩ ، جيل المرقاوى نبذة ٣٢ .

(٢) بلائيول ورييه وبولانجيه ج ٧ نبذة ٣٤٨ و ٨١٦ .

(٣) فى هذا المبنى السهورى ج ٤ ص ٦٤ علمش ٩ ، أنور سلطان نبذة ٧٦ ، كامل مرمى نبذة ٤١ ص ٧٥ .

تكون زيادة في المقدار كقائمة مبان أو منشآت جديدة . ففي الحالة الأولى يتم البيع بالسعر المسمى في عقد الوعد ، أما في الثانية فتكون الزيادة من حق الواعد ولا يجبر على تسليمها الا في مقابل زيادة الثمن .

ويتفرع على كون حق الموعود له حقاً شخصياً النتائج الآتية :

(١) أن عقد الوعد بالبيع لا يخضع لضرورة التسجيل ولو كان محله عقاراً .

(٢) وأنه اذا نزع ملكية العقار الموعود يبيعه للبنفعة العامة ، فان ثمن نزع الملكية يكون من حق الواعد وحده باعتباره مالكا ، ولا يكون للموعود له أى حق فيه^(١) . ومتى تم نزع الملكية صار التزام الواعد مستحيلا دون خطأ منه ، فينقضى الوعد ولا يكون الواعد ملزماً بتعويض الموعود له^(٢) .

(٣) وأنه يجوز للموعود له باعتباره دائناً أن يتفق مع الواعد على أن يرتب له رهناً على العقار الموعود به تأمينا للوفاء بالوعد . ويقدر في الرهن مبلغ التعويض الذى يستحقه الموعود له عن الاخلال بالوعد ، فيجوز عندئذ للموعود له أن يمتنع بحقه على الغير الذين يتصرف لهم الواعد اضراراً به .

(٤) وأنه يجوز للموعود له أن يتصرف للغير في حقه الشخصى ، ويكون ذلك وفقا لأحكام حوالة الحق أى بقبول الواعد الحوالة أو بإعلانه بها (المادة ٣٠٥) مالم يثبت أنه كان لشخص الموعود له اعتبار في عقد الوعد أو أن نية الطرفين انصرفت الى عدم جواز النزول عن حق الموعود له الى

(١) السنهوري ج ٤ ص ٦٥ هامش ١ .

(٢) نفس مدنى ١٣ يناير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ - ٢٤٠ - ٨٤ الهامات

١٨ - ٧١٤ - ٣٤٧ المجموعة ٣٩ رقم ٨٤ .

الغير أو الى عدم جوازه الا برضا الواعد ، فلا يكتفى باعلان الواعد ويلزم قبوله^(١) ، وينتقل حق الموعد له بالميراث الى ورثته^(٢) .

(٥) وأنه يجوز للموعد له القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على حقه ، كاستعمال حقوق الواعد من طريق الدعوى غير المباشرة ، والمطالبة بمنع الواعد نفسه من اتلاف المال الموعد ببيعه فيجوز له أن يرفع باسم الواعد دعاوى الحيازة وأن يقطع التقادم المكتسب السارى لمصلحة الغير وأن يطلب تعيين حارس على الدار المبيعة اذا شرع الواعد في هدمها الخ^(٣) .

٥٥ - استعمال الموعد له مفع في قبول الشراء - للموعد له الحق في قبول الشراء في أى وقت من المدة المتفق عليها لذلك .

(١) ديلوميزس ٢٨ . وتظهر فائدة الموعد له في الزول عن حقه الى الغير في الحالة التي تكون فيها قيمة المال الموعد ببيعه قد ارضعت في الفترة ما بين الوعد والأيام المين لا يرام البيع . فاذا كان الموعد له لا يرغب في الشراء أو ليس لديه المال اللازم لذلك ، أسكنه أن يجد من يرغب في شرائه بالتئن المسمى في عقد الوعد ، وتزل اليه عن حقه في شراء المال المذكور بهذا التئن مقابل جزء من زيادة القيمة .

ويبدى الصراع عادة تحتفظاتها بتلقى بهذه العوالة ، فيقولون انها يجب أن لا تضر بحقوق الواعد ويرتجون على ذلك أن الموعد له يبق ملزما بالتئن الى جانب الحال اليه اذا استعمل هذا حقه في قبول الشراء ، غير أننا لا ترى علاقة لك لأن الفرض أن الوعد ملزم بلجاب واحد وأن الموعد له دائن وليس مدينا ، فاذا نزل عن حقه فلا محل مد ذلك لجلسه مستولا من التئن ، لأن الالتزام بالتئن لا ينشأ من عقد الوعد الذي كان الموعد له طرفه فيه ، وانما ينشأ من ابداء الحال اليه قبوله الشراء . ضد ذلك نقط جمع عقد البيع وينشأ الالتزام بالتئن في فعة المشتري . ولا تضر على البائع من ذلك لأنه يملك حبس المبيع الى حين وفاة التئن ، ويملك أيضاً منسخليع لعدم فاء التئن ولا يضر الواعد بالعوالة الا اذا كان قد وعد بالبئيشن مؤجل كله أو بعضه ولكن في هذه الحالة يمكن القول بأن شخص الموعد له كان محل اعتبار في الوعد وأن العوالة لا يجوز بناء على ذلك أن تم الا بقول الواعد .

(٢) أنظر تعليق J. Ch. Laurent على حكم استئناف بواهييه ٢٠ يناير ١٩٥٤ في

مجلة الأسبوع القانوني ١٩٥٤ ج ٨٠٦٤ .

(٣) السنهوري ج ٤ ص ٦٥ هامش .

ويجب أن يكون هذا الحق حقا خالصا له بحيث تكون له الحرية التامة في استعماله دون مقابل أو تركه دون جزاء . فإذا اتفق في الوعد على أن يلتزم الموعود له بدفع مبلغ معين إذا لم يقبل الشراء ، فإن هذا الاتفاق يكون مؤداه انشاء التزام على عاتق الموعود له بقبول الشراء ، وهذا الالتزام يخالف طبيعة الوعد الملزم للجانب واحد . ولذلك قضت المحاكم باعتبار مثل هذا الاتفاق لاغيا^(١) .

وقد تقدم أن تعيين المدة يجوز أن يكون باتفاق صريح أو ضمني أو أن يستنبطه القاضى من ظروف التعاقد ، فإذا رفض الموعود له الشراء كان ذلك إرأه منه للواعد من وعده ، وكذلك إذا ترك المدة المذكورة تنقضى دون أن يقبل الشراء .

أما إذا قبل الشراء قبل انقضاء المدة، فانهذا القبول يحيل الوعد بالبيع الى بيع تام ، دون حاجة الى رضا جديد من جانب الواعد، ذلك أن الأخير يعتبر منذ أن ارتبط بالوعد بالبيع قابلا للبيع في حين أن قبول الموعود له الوعد لم يكن قبولا بالشراء ، فإذا أضيف الى الوعد بالبيع هذا القبول بالشراء توافرت بذلك جميع عناصر البيع وترتب في ذمة العاقدين جميع آثاره .

ويجوز أن يكون قبول الموعود له الشراء صريحا أو ضمنيا ، فيجوز أن يستفاد من تصرف الموعود له في المال الموعود ببيعه ، فيعتبر هذا التصرف تعبيراً عن رغبة الموعود له في تحويل الوعد الى بيع وينقل اليه الملكية من الواعد وينقلها منه الى من تصرف هو اليه^(٢) .

(١) استئناف أورليان ٥ يناير ١٩٤٩ مجلة جوريسكلاير الفورية ١٩٤٩ - ٢ -

١٩٩٢ وتطبيق فواوان.

(٢) السنهوري في الوسيط ج٤ فقرة ٣١ .

ويشترط في جميع الأحوال أن تكون الرغبة التي يبديها الموعود له في الشراء مطابقة لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناولها التعاقد ، فإذا اقتصرت هذه الرغبة بما يعدل في الوعد فلا ينعقد العقد مالم يقبل الواعد هذا التعديل ، اذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد ، فلا ينعقد به العقد إلا اذا صادفه قبول من الطرف الآخر^(١).

٥٦ - (د) آثار قبول الموعود له الشراء - متى قبل الموعود له الشراء نشأت في ذمته التزامات المشتري وفي ذمة الواعد التزامات البائع ، أى أن البائع يصبح ملزماً بنقل الملكية الى المشتري وتسليمه المبيع وبضمانه ويصير هذا ملزماً بالثمن الذي اتفق عليه في عقد الوعد بالبيع دون زيادة او نقصان ، فيستفيد الموعود له من زيادة قيمة المبيع في هذه الاثناء^(٢).

فإذا تم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ، سواء أتم هذا التنفيذ بقوة القانون كما في الأموال المنقولة الحاضرة المعينة بالذات والمملوكة للبائع أم اقتضى عملاً يقوم به البائع كفرز المبيع المثل أو إيجاد المبيع الذي لم يكن موجوداً من قبل أو توقيع العقد اللازم للتسجيل اذا كان المبيع عقاراً ، انتهى الأمر ولم تنشأ عن تحويل الوعد بالبيع الى بيع تام أية صعوبة خاصة ، وسرت على العلاقة بين الطرفين جميع أحكام البيع العادية .

أما اذا كان لا بد في انتقال الملكية من عمل يقوم به الواعد ، كما في بيع العقار حيث لا تنتقل الملكية الا بتسجيل العقد وحيث يقتضى التسجيل

(١) محض مدني ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام المجلس ١٦-١٢٩١-٢٠٢ .

(٢) أما اذا قصت قيمة المبيع ، فالتألب أن الموعود له لا يجبل المراء بالثمن المسمى في عقد الوعد الا اذا وجدت له مصلحة خاصة تبرر في نظره تحمله الحسارة الناشئة من نقص قيمة المبيع .

وجود عقد مكتوب وموقع عليه من البائع توقيعا مصدقا عليه، جاز للوعد له متى قبل الشراء مطالبة الواعد باعطائه عقد بيع موقع منه. فلذا امتنع البائع عن ذلك، جاز للمشتري أن يطلب وفقا للبادة ١٠٢ مدني حكما بإثبات التعاقد، وقام بهذا الحكم متى حاز قوة الأمر المقضي مقام العقد^(١)، أي أنه يجوز تسجيله ويتم بهذا التسجيل نقل الملكية من الواعد إلى الوعد له^(٢). وإذا كان الوعد بالبيع في هذه الحالة مدونا في محرر يحمل توقيع الواعد توقيعا مصدقا عليه، جاز للوعد له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه وأقراراً منه مصدقا عليه أيضا بقبوله الشراء بناء على ذلك الوعد، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع.

هذا إذا كان انتقال الملكية لا يزال ممكنا. أما إذا كان الواعد قد تصرف إلى الغير في المال الموعود به، فإن التزام الواعد بنقل الملكية يصبح مستحيلا استحالة ترجع إلى إخلال الواعد بوعده. فيلزم الواعد بالتعويض عن هذا الإخلال^(٣). وقد تقدم أن الموعود له لا يستطيع أن يحتج بحقه على المتصرف إليه لأن حقه شخصي لا عيني.

غير أنه إذا كان المتصرف إليه على علم بالوعد بالبيع، جاز التفكيك في إبطال التصرف الصادر إليه أضرارا بحق الموعود له. وقد أجازت المحاكم الفرنسية أحيانا العطف في هذا التصرف من طريق الدعوى بالوصية، وأبطلت التصرف أحيانا أخرى باعتباره عملا غير مشروع من المتصرف إليه ضارا بالموعود له مستوجبا التعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية وباعتبار إبطاله

(١) في هذا السبيل بلايتول وريير وبولاميه ج ٢ طبة ٢٩٨٢ بسنة ٢٤٧٠ ، ديلوميز س ٨٨ .

(٢) الشنوردي في الوسيط ج ٤ س ٦٧ .

(٣) أحيوط الجزئية ٤ أبريل ١٩٢٠ المجموعة ٢٦ رقم ٤٧ . أما إذا استعملت تفهيد الوعد بسبب نزاع ملكية المال الموعود ببيعها للفضة العلقة ، فتكون الاستعانة بالرجعة إلى سبب أجنبي عن الواعد ، وتعفى التزمه ولا يلزم جموعى (حتى مدني ١٣ يناير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢-٢٤٠-٨٤٠) .

تعويضاً عينياً ولكنها وجدت أن الموعد له لا يستطيع الإلتزام الى الدعوى البوصية اذا لم يكن تصرف الواعد قد سبب اعساره أو زيادة في اعساره^(١)، كما تبين أن قواعد المسئولية التقصيرية لا تنطبق الا اذا كان المتصرف اليه مغطى في التعاقد مع الواعد ولو كان على علم بالوعد بالبيع^(٢)، فأثرت آخر الامر أن تؤسس هذا البطلان على قاعدة « الفش يفسد التصرفات » *fraus omnia corrumpit*، ولم تكف أول الامر بمجرد علم المتصرف اليه بالوعد بالبيع بل اشترطت لابطال التصرف أو لعدم نفاذه في حق الموعد له أن يكون المتصرف اليه متواطئاً مع الواعد على الاضرار بالموعد له^(٣). غير أنها انتهت بالاكتفاء في ذلك بثبوت علم المتصرف اليه بوجود حق الموعد له^(٤).

٥٧ - (هـ) ليس لقبول الشراء أثر رجعي - ويكون نشوء جميع آثار البيع، حقوقاً كانت أو التزامات بما في ذلك انتقال ملكية المبيع، من وقت قبول الشراء لا من وقت حصول الوعد بالبيع، أى أن القبول لا يكون له أثر رجعي لأن البيع لا يعتبر له وجود الا من وقت هذا القبول.

(١) بلاتول وريبير وولانجيه ج ٢ طبعة سنة ١٩٥٢ نبذة ٧٤٢٠، فرواسان في رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ ص ٧٨، ديوميز ص ١٥٢.

(٢) موريل، في الاخلال بالوعد بالبيع، في ضمن المجبوعة المهداة الى ذكرى كاييتان ص ٥٤١ وما بعدها.

(٣) قضى فرنسي (عرائش) ١٢ يناير ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ١١٦، مدني ١٣ نوفمبر ١٩٢٩ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ١٣١.

(٤) انظر قضى فرنسي (عرائش) ٢٨ أغسطس ١٩٤٠ سيري ١٩٤١ - ١ - ١٠٣، مدني ١٠ أبريل ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ - ١ - ٤٢١ وتعليق لينوان. وفي هذا المتي أيضاً فزديه، في المحرق التمهيدية ص ١١٠، موريل في المرجع المشار اليه وقدين أن هذا الرأي يختلف عما ذهب اليه القضاء في شأن المناقضة بين البيوع المتتالية على أساس سبق في التسجيل بغير طم عدم التواطؤ وبرر اشتراط التواطؤ وعدم الاكتفاء بمجرد العلم لابطال التصرف المسجل بضرورة تزويد التسجيل بأكثر فاعلية ممكنة.

وبنظر على ذلك أن تقدير الغبن ينظر فيه الى قيمة المبيع وقت قبول الموعود له الشراء لا وقت حصول الوعد وبالمقارنة بالثمن المسمى في الوعد بالبيع^(١) ، وأن الموعود له يستحق ثمن المبيع^(٢) ونماه من وقت ذلك القبول فقط .

٥٨ - (٢) الوعد بالتفضيل - الوعد بالتفضيل^(٣) *pacte de de préférence* صورة من صور الوعد بالبيع الملزم لجانب الواعد وحده، ولكنه ليس وعداً باتاً بل معلقاً على شرط واقف ، هو التزام الواعد أن يبيع المال محل الوعد بالتفضيل ، وصورته أن يمد المالك شخصاً آخر أن يملكه الأولوية في الشراء اذا ما عزم هو على بيع مال معين خلال مدة محدودة . فاذا قبل الموعود له هذا الوعد انمقد بينهما عقد لا يلتزم الواعد بموجبه أن يبيع الى الموعود له المال المتفق عليه الا اذا عزم على بيع هذا المال خلال المدة المعينة ، فانه حينئذ يكون ملزماً أن يبيع الى الموعود له اذا قبل هذا أن يشتري بالثمن وبالشروط التي يقبل بها غيره ، ولا يجوز له أن يبيع الى غير الموعود له الا اذا رفض الأخير أن يستعمل حقه في الأولوية .

ولأن هذا الوعد ليس متوقفاً على ارادة الواعد وحده بل أيضاً على الظروف التي تحمله على البيع ، لا يعتبر الشرط المعلق عليه الوعد شرطاً ارادياً محضاً ويقع الوعد صحيحاً .

ويحقق الوعد بالتفضيل أغراضاً عملية كثيرة، فهو يسمح مثلاً للمستاجر الذي يرغب في الاستقرار في العين المؤجرة بأن يحقق رغبته من طريق الحصول من المؤجر على وعد بتفضيله على غيره اذا ما رغب في بيع العين المؤجرة ،

(١) في هذا المعنى ككاروتفامل *Cavarec - Wahl* في الفين في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٢ ص ٥٧١ .

(٢) راجع لالو في الوعد بالتفضيل ، دالوز الأسبوع ١٩٢٩ ص ٤٨ بحوث ، فواران في الوعد بالتفضيل ، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٥٤ D. ١١٩٢ .

وليس يمكن بيع شيئا عزيزاً عليه الى شخص بذاته أن يضمن الى حد ما عدم انتقال هذا الشيء الى أجنبي، ويمكن أن يحقق المصلحة التي شرعت من أجلها الشفعة في الأحوال التي لا تجوز فيها الشفعة ، كما اذا اشترى شخص أحد عقارين غير متجاورين يملكهما آخر وكانت له مصلحة في شراء العقار الثاني ولكن المالك لا يرغب مؤقتاً على الأقل في بيعه ، أمكن المشتري أن يحصل من البائع عند شراء العقار الأول على وعد باعطائه الأولوية في الشراء اذا ما رغب البائع بعد ذلك في بيع العقار الثاني ، وتيسر له بذلك عند ما يعزم مالك هذا العقار بيعه أن يلزمه ببيعه اليه بدلاً من بيعه الى شخص آخر .

ولا يجوز الطعن في صحة هذا الوعد بأنه لا يتضمن تعيين الثمن ، لأن هذا الاتفاق ان كان لا يعين الثمن تعييناً مباشراً ، فإنه يتضمن طريقة تعيينه وهي أن يكون الثمن أعلى ثمن يقبل الشراء به أى شخص آخر . وغنى عن البيان أن قبول هذا الشخص الآخر يجب أن يكون قبولاً جدياً (١) . فاذا ظهر فيما بعد أن الموعد له قد خدع في حقيقة الثمن الذي عرضه الأجنبي ، جاز له طلب ابطال العقد أو نقص الثمن .

ولا يختلف الوعد بالترفضيل عن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد الا في أمرين : أولهما أن الأصل في الوعد بالترفضيل أن يكون شخص الموعد له

(١) ويرى بعض الفراح أن الوعد بالترفضيل يلزم الواعد بأن يقدم الى الموعد له السندات المتجدة وجود مشتري فعال محل الوعد والتمن الذي عرضه هذا المشتري حقيقة ، وعلى ذلك حق للموعد له في مطالبة الواعد بتقديم هذه المستندات *action ad exhibendum* (فردية في الحقوق التمهيدية أو المحتملة ص ١١٢ ، لالو في مقالته لشار اليه ص ٤٢) . وقد كان في المقروع التمهيدى للمعنى المدنى الخالى من ينظم مثل هذا الالتزام والدعوى التي يمكنه بوجبه عام (المادة ٢٧٣) ، ولكن لجنة المراجعة حذفتها اذ رأته أن حكمه ادخل في باب المرافعات (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٩١) . والحقير واضع هذين المرافعات على تنظيم الزام الحجم بتقديم ورقة موجودة تحت يده في حالات معينة (المواد ٢٥٣ وما بعدها) ، انظر في ذلك كتابنا في الأمانة المحلية وإجراءاتها سنة ١٩٦٧ نبذة ١٤٧ وما بعدها .

محل اعتبار في التعاقد ، فلا يجوز للدائن في الوعد بالتفضيل أن ينزل عن حقه الى آخر دون رضا الواعد^(١) . والثاني يتعلق بتأخير نفوذ حق الموعود له في قبول الشراء وتحويل الوعد الى بيع ، فإن هذا الحق يلبس في الوعد بالبيع باتا منذ ابرام الوعد ، أما في الوعد بالتفضيل فإنه لا ينشأ الا معلقا على شرط ، ولا يجوز للموعود له استئجاره الا في الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ، أى الذى يعتزم فيه الواعد البيع .

وفيما عدا هذين الفرقين ، فإن الوعد بالتفضيل يكون حكمه ابتداء من الوقت الذى يعتزم فيه الواعد البيع حكم الوعد بالبيع الملزم للجانب واحد سواء في الفترة السابقة على قبول الموعود له الشراء أو في الفترة التالية لقبوله .

٥٩ — (٣) الوعد بالشراء — والوعد بالشراء اتفاق يلتزم بموجبه راغب الشراء وحده أن يشتري مالا معيناً بثمن مسمى اذا قبل مالكة أن يبيعه اياه بهذا الثمن في مدة محددة .

وقد يكون هذا الاتفاق بين راغب الشراء ومالك الشيء الموعود بشرائه ، أو يكون بينه وبين شخص آخر له مصلحة في هذا الوعد كوسيط^(٢)

(١) فرديه ، في الحقوق المجتعة ، ص ١١٢

(٢) اذا حصل الوعد بالشراء بين الواعد ووسيط (سمار مثلاً) ، فإنه لا يثبت وعدا بالشراء حقيقة الا اذا اتجه قصد الطرفين الى أن الواعد يصبح مرتباً بعد البيع بمجرد موافقة المالك على ذلك . وينتج عقد الوعد في هذه الحالة متضمناً اعتراضاً لمصلحة الغير وهو ملك الشيء محل التعاقد ، فيكسب منه هذا المالك الحق في الزام الواعد بالشراء وفي تحويل عقد الوعد الى عقد بيع بمجرد قبوله البيع ، أى أن الواعد لا يجوز له في هذه الحالة أن يحصل من وعدة قبل انقضاء المدة المحددة له سواء قبل انقضاء المدة حقه في تحويل الوعد الى بيع أو بعد ذلك مقابل إعطائه الوسيط أتعابه المتفق عليها ، بل يمكن إجباره على الشراء والزامه بدفع الثمن . أما اذا اتجه قصد المتعدين الى تحويل الوعد الوسيط في الحصول على رضا المالك بالبيع ، هل أن يتم البيع بعد ذلك باتفاق يقدر مباشرة بين البائع والمشتري ، فإن ذلك لا يحدو وعداً بالشراء وانما هو تكليف بوساطة ، فيجوز للزاعم أن يحتل عن الغير ولو يستند

في البيع أو غيره (١) .

ومن الأمثلة عليه أن يرغب الشريك المشتاع في بيع حصته بضمن معين، فيعد شريكه أن يشتريها منه بعد شهر أو شهرين بهذا الثمن أو بضمن معين أعلى منه، فيقبل الأول هذا الوعد اذ يضمن به البيع بالسعر الذي كان يريد من بقاءه حراً في أن يبيع الى شريكه بالثمن المتفق عليه أو يبيع الى غيره اذا وجد له مصلحة في ذلك .

ولا بد في انعقاد الوعد بالشراء من ايجاب وقبول (٢)، ولكنه لا يلزم الاجابا واحداً هو جانب الواعد بالشراء . أما المالك الموعود له فيكون حراً في قبول البيع الى الواعد أو عدمه ، أى أنه يجوز له أن لا يبيع ملكه لا الى الواعد ولا الى غيره ، ويجوز له أن يبيعه الى غير الواعد ، دون أن يترتب على رفضه البيع أو على بيعه الى الغير أية مسئولية قبل الواعد ، لأن عقد الوعد لا يلزمه بشئ بل بخوله حقاً في أن يحيل الوعد الى بيع اذا

== قبول المالك البيع ، غير أنه يلزم في هذه الحالة بدفع أتعاب الوسيط المتفق عليها وألّا يبررها العرف أو القانون .

(١) ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة استئناف مصر في ٣ أبريل ١٩٣٠ (المحاماة ١٠-٧٢٢-٣٥٩٠) من أنه اذا صدر وعد من مشتريين في القيد الصادر من البائعين لهم ببراءة حصة أخوة البائعين في مباد معين ، فإن هذا يترتب وعداً بالبراءة من جانب واحد ، وليس للواعدين الرجوع من وعدمه قبل انقضاء الأجل المتفق عليه . ولا يمنع من ذلك أن يكون مالك المال الموعود ببراءة ليس طرفاً في عقد الوعد ، لأن من القواعد القانونية جواز بيع الشيء المملوك لغيره في الوعد المرد (ولعل المحكمة قصدت من هذه العبارة الأخوية جواز ضمن الوعد بالبراءة اشتراطاً لمصلحة شخص آخر هو مالك المال الموعود ببراءة) .

(٢) ويجوز أن يكون الإيجاب بائناً ، كما يجوز أن يكون مطلقاً على شرط . وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون الواعد ملزماً بالشراء عند قبول الموعود له البيع الا اذا تحقق الشرط . وطبقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من يبد بالبراءة مع تطبيق هذا الوعد على نفس سنوات الملكية لا يكون ملزماً بالبراءة متى كانت تلك السنوات غير قانونية ولا يجبر على الاكفاء بالتقدم المكسب الذي تم لصالح البائع [٨ نوفمبر ١٩٣٢ (٤٥) من ١٥] ، واذا عينت مدة ليوم فيها المشتري يخص سنوات الملكية ، فإن هذه المدة لا تسرى الا من وقت تسليم هذه السنوات الى المشتري (الحكم المذكور فيما تقدم) .

رغب هو في ذلك ، فهو يملك أن يستعمل هذا الحق أو أن يسقطه . ويعتبر رفضه البيع اطلاقاً أو يمه إلى الغير اسقاطاً منه لهذا الحق .

أما إذا استعمل الموعود له هذا الحق بأن أبدى قبوله البيع بالشروط المتفق عليها في الوعد ، ثم بهذا القبول - مضافاً إلى الوعد بالشراء - عقد بيع حقيقي وترتبت عليه آثاره من وقت هذا القبول لا من وقت الوعد ، كما تترتب آثار الوعد بالبيع الملزم للجانب البائع من وقت قبول الموعود له الشراء .

ويجوز أن يقرن الوعد بالشراء بدفع عربون ، فيطبق عليه حكم التعاقد بالعربون ويكون للواعد بالشراء حق العدول عن وعده قبل انتهاء أجله مقابل تركه قيمة العربون ، ما لم يتبين أن المتعاقدين قصداً بدفع الواعد بالشراء قيمة العربون أن تكون هذه القيمة دفعةً ممجلة لحساب الشراء عندما يتم قبول تحويل الموعود له ذلك الوعد إلى بيع .

٦٠ - (٤) الوعد المتبادل بالبيع والشراء أو الوعد الملزم للجانبين -
يتكون الوعد المتبادل بالبيع والشراء من تعهدين متقابلين أحدهما وعد بالبيع والآخر وعد بالشراء ، ومن قبول كل من الطرفين تعهد الطرف الآخر .

وقد تقدم أن المشرع المصري قد تفادى في التقنين المدني الحالي الخلاف الذي ثار في القانون الفرنسي بشأن الوعد الملزم للجانبين واعتباره بيعاً تاماً أو مجرد وعد بالبيع ، اذ نص في المادة ١٠١ على أن يعتبر من قبيل الوعد بالتعاقد الاتفاق الذي يمد بموجبه كلا المتعاقدين ... بإبرام عقد معين في المستقبل .

وقد سبق أن لاحظنا أن هذا النص يشترط في انعقاد الوعد أن تعين فيه المدة التي يجب فيها إبرام العقد للموعود به .

وبناء على ذلك تفرق بين حالتين : الأولى إذا وعدتك أن أبيعك سيارتي مثلا بالنقدي جنيته إذا أنت قبلت شرائها ، وقبلت أنت منى هذا الوعد ووعدتني أن تقترى بها منى هذا الثمن إذا أنا قبلت بيعها إليك ، فقبلت أنا منك هذا الوعد ، فإن هذا الرضا المتبادل لا يعتبر وعدا بالبيع وبالشراء إذ ينقصه ركن هام من أركان الوعد بالبيع وهو أن يكون الموعود به إبرام عقد بيع في المستقبل أى في مدة معينة ومحددة في الاتفاق .

غير أن هذا الاتفاق الذى لم تكتمل فيه شروط الوعد بالبيع تتوافر فيه أركان البيع ذاته لأن إرادة كل من الطرفين اتجهت فيه الى الارتباط بعقد بيع إذا قبل الطرف الآخر ذلك . وقد تحقق هذا الشرط من وقت تبادل الرضا ، فيعتبر الاتفاق بيعا تاما وينتج من وقت انعقاده جميع آثار البيع ، فتنقل به الملكية ويلتزم البائع بالتسليم والمشتري بالتأمن ، وتكون هذه الحالة غير داخلة في نطاق الوعد بالبيع بالرغم من استعمال الطرفين صيغة الوعد ومن تسميتها هذا الاتفاق وعدا بالبيع .

أما الحالة الثانية فهي التى يلتزم فيها كل من العاقدين بإبرام البيع في المستقبل إذا طلب منه العاقد الآخر ذلك في مدة معينة . كما إذا اقتسم أخوان تركة تشمل عقاراً محلاً بدين مؤجل ، وكان كل منهما يرغب فى العقار المحمل بالدين ، فاقترعا عليه ، ثم رأى من وقع فى نصيبه هذا العقار أن يجامل أخاه فوعده أن يبيعه هذا العقار بثمن قدره عشرة آلاف جنيه إذا تيسر له جمع هذا الثمن وأراد شراء العقار به فى خلال سنة ، وقبل الموعود له هذا الوعد وأراد هو أيضا أن يجامل أخاه الذى التزم بالعين المحمل به العقار فوعده بشراء هذا العقار منه بالثمن المذكور إذا احتلج الى المال لوفاء الدين المحمل به العقار ورغب فى البيع فى خلال سنة . ففي هذه الحالة يكون هناك وعد متبادل بالبيع وبالشراء لمدة سنة ، لم تنج فيه نية المتعاقدين الى الالتزام بنقل الملكية أو بالتأمن ، وإنما اتجهت فقط الى انشاء التزام فدية كل منهما

بإبرام عقد البيع متى طلب الطرف الآخر ذلك قبل انتهاء اللغة المنقطة عليها. فلا يمكن القول بأن هذا الوعد المتبادئ بالبيع وبالضمان يعتبر بيعاً من وقت حصوله بل يرتعين الاحتفاظ له بصفته وعداً ، ويشترط مع الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد في جميع أحكامه، عدا أن حق تحويل الوعد إلى بيع يكون لكل من طرفيه - باعتبار أن كلا منهما موعود له - بدلا من أن يكون لأحد الطرفين فقط كما في الوعد الملزم لجانب واحد .

المبحث الرابع

التبايع بطريق النيابة

٦١ - إمامة إلى القواعد العامة - يحوز أن يتم التعاقد بالبيع بواسطة نائب عن البائع أو عن المشتري أو نائب عن كل منهما . وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في المواد من ١٠٤ إلى ١٠٨ مدني . وهي تشترط لصحة التعاقد بالنيابة : (١) إحلال النائب إرادته محل الأصل . (٢) وصودر إرادة النائب في حدود نيابته ، (٣) وإبرام التعاقد باسم الأصل ، لا باسم النائب ، أي وجوب ذكر النائب أنه يتعاقد بصفته نائبا عن الأصل . وترتب القواعد العامة على ذلك انصراف أثر التعاقد إلى الأصل مباشرة ، دون أن يمر بشخص النائب .

ويستوى في ذلك أن تكون النيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية . ويرجع في كل حالة في تعيين حدود نيابة النائب التي يجب عليه أن يلتزمها حتى يقع تصرفه صحيحا نافذا في حق الأصل إلى مصدر النيابة سواء كان اتفاقا أو نصا قانونيا أو حكما قضائيا .

ونكتفي في ذلك بالإحالة إلى القواعد العامة المنطوق بها ، فيما عدا مسألتين نرى أنهما جديران بأن يكون لهما مكان خاص في شرح عقد البيع

لا مهيتهما العملية فيه بوجه خاص ، هما تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء ، وتعاقد الشخص بواسطة شخص آخر مسخر أو باسم مستعار .

٦٢ - تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء - يكون تعاقد الشخص مع نفسه في إحدى صورتين : أما أن يتعاقد لحسابه الخاص بائعا أو مشتريا مع نفسه بصفته نائبا عن التعاقد الآخر ، وأما أن يتعاقد لحساب غيره بائعا ومشتريا وينوب في التعاقد عن كلا الطرفين .

وتنص المادة ١٠٨ مدني على أنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .

ويبين من هذا النص أنه يعتبر الأصل عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه في كلتا صورتيه اللتين تقدمت الإشارة إليهما ، وأن هذا الأصل ترد عليه استثناءات بنص القانون أو بمقتضى قواعد التجارة .

وقد طبق المشرع هذا الأصل في المواد ٧٩ و٨٠ وما بعدها في باب البيع ، حيث نص في المادة ٧٩ على أن « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه أو باسم مستعار - ولو بطريق المزداد العلني - ما يخط به يعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى ، وفي المادة ٨٠ على أن « لا يجوز للساسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في يعه أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء باسمائهم أم باسم مستعاره ، وفي المادة ٨١ على أن « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه » .

ويعتبر كذلك تطبيقاً لهذا الأصل ما نصت عليه المادة ٣١ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال حيث أوجبت في فقرتها (ب) و (ج) أن تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك في أحوال معينة ، منها حالة ما إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثل الوصى ، وفي حالة إبرام عقد من عقود المعارضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو النافذ بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فيما تقدم .

ومن الاستثناءات التي نص عليها قانون الولاية على المال المشار إليه ما نصت عليه المادة ١٤ من أن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك ، أي أن هذه المادة قلبت القاعدة الأصلية فيما يتعلق بالأب وحده دون الجد أو الوصى أو القيم ، فجعلت الأصل بالنسبة إليه جواز التعاقد مع نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك .

وما نصت عليه المادتان ٦ و ٩ من القانون المذكور من أنه يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه باذن المحكمة .

وما نصت عليه المادة ٣٩ فقرة ٥ من جواز إيجار الوصى مال القاصر لنفسه باذن المحكمة .

ومن الاستثناءات التي جرت بها قواعد التجارة جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معاً .

وفيما عدا الاستثناءات التي وردت بشأنها نصوص خاصة أو جرت بها قواعد التجارة لا يجوز تعاقد الشخص مع نفسه ، ويكون جزاء هذه المخالفة ليس البطلان المطلق لأن النص يسلم بإمكان إجازة العقد من الأصل ولأن الإجازة لا ترد على العقود الباطلة ، وليس البطلان النسبي لأن إجازة العقد الباطل بطلاناً نسبياً لا تكون إلا من أحد طرفيه اللذين اشتركا

في ابرامه ، وانما هو وقوع العقد غير نافذ في حق الاصيل الذي يضار منه بحيث يفترض في ابرامه فرضاً قابلاً لاثبات العكس أنه مجاوز لحدود النيابة ، أى أن العقد يكون موقوفاً على اقرار هذا الاصيل ، فان أقره هذا في حقه والا لم ينتج أثره^(١) . وهذا هو المقصود بالاجازة التي ورد ذكرها في المادتين ١٠٨ و ٨١ المشار اليهما فيما تقدم .

٦٣- التعاقد بالبيع أو الشراء باسم مستعار أو بواسطة شخص مسخر -
يكون التعاقد باسم مستعار أو بواسطة شخص مسخر اذا فوض الموكل الوكيل في أن يبيع عنه أو يشتري له شيئاً معيناً دون أن يذكر اسمه (أى اسم الموكل) في العقد . ففي هذه الحالة يكون الشخص المسخر في علاقته بمن تعاقد معه بالبيع أو بالشراء هو العاقد الذي تنتقل اليه ملكية المبيع أو ينشأ في ذمته الالتزام بالثمن . ويكون هو كذلك أيضاً بالنسبة الى الغير . أما في علاقته بموكله ، فيكون هذا الأخير هو الذي ينصرف اليه أثر العقد ، فيصبح هو المالك للمبيع أو الملزم بالثمن ، دون حاجة الى صدور تصرف جديد ينقل الملكية اليه من المسخر ولا الى صدور تعهد جديد منه بالتزامه بالثمن .

وكما يجوز للمسخر أن يرجع عليه بالثمن الذي دفعه للبائع ، يجوز للأصيل أن يرفع على المسخر دعوى تثبيت الملكية استناداً الى الوكالة المستترة والى عقد الشراء الذي أبرمه المسخر بناء عليها .

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض أن « من يميز اسمه ليس الا وكيلاً عن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل ، فيمتنع عليه قانوناً أن يستأثر لنفسه بشيء »

(١) في هذا المعنى منصور بن ذة ١٣٤ ص ٣٠٣ ، مؤرسلطان ص ٤٣٤ ، وغرب السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ١٠٦ .

وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله ، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء
الا من ناحية أن وكالته مستمرة ، وهذا يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل
والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد
من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له أن يتحيل
بأى وسيلة للاستئثار بالصفقة . ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع
عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله ولو أنها تكون للوكيل معبر
الاسم فيما بينه وبين البائع والغير . ويرجع ذلك الى أنه مهما كان للوكيل
المسخر من ملكية ظاهرة في مواجهة الكافة فانها ملكية صورية بالنسبة
الى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة للحقيقة الأمر
بينهما . وينتج من هذا أن الأصيل لا يحتاج - لكن يحتاج على وكيله المسخر
بملكية ما اشترأ - الى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية
اليه اذ يعتبر الأصيل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى أى اجراء
وانما يلزم ذلك الاجراء في علاقة الأصيل بالغير . فإذا كان الحكم المطعون
فيه قد انتهى الى تكييف عقد البيع الى أنه تعاقد بطريق التسخير فانه يكون
عقدا جديا ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لامكان نقل
الملكية من البائع الى المسخر وبالتالي الى الموكل . والقضاء بمحو هذا
التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها الى الموكل
ومن ثم يكون الحكم بقضائه هذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون وما اراده
من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع (١) .

المبحث الخامس تفسير عقد البيع

٦٤ - تفسير البيع في القانون الفرنسي - القاعدة في تفسير العقود في القانون الفرنسي أن العقد يفسر عند الشك ضد الدائن ولمصلحة المدين (المادة ١١٦٢ مدني فرنسي)، وذلك لأن الأصل في الشخص برائة الذمة ولأن شغل الذمة لا يكون إلا بدليل ، لأن الشك في شغل الذمة يوجب البراءة والشك في مقدار الالتزام يوجب الأخذ بالأقل منه وإطراح ما وقع الشك فيه . وكان تطبيق هذه القاعدة على عقد البيع يؤدي الى التفرقة بين الشروط المتعلقة بالتزامات البائع والشروط المتعلقة بالتزامات المشتري ، وتفسير الأولى عند الشك لمصلحة البائع والثانية لمصلحة المشتري . غير أن المشرع الفرنسي لم يترك تفسير عقد البيع غاضعاً لهذه القاعدة العامة بل خرج عليها في شأنه بأن نص في المادة ١٦٠٢ مدني على أنه يجب على البائع أن يبين في ايضاح تام ما يلتزم به وعلى أن كل شرط في عقد البيع يوجد به غموض أو لبس يجب تفسيره ضد البائع . وبناء على ذلك تفسر جميع شروط عقد البيع عند الشك ضد البائع ولمصلحة المشتري سواء كانت تلك الشروط متعلقة بالتزامات الأول أو بالتزامات الثاني . ويعمل الشراح هذا الحكم الاستثنائي بالفكرة التي كانت سائدة من عهد الرومان الى وقت وضع التقنين المدني الفرنسي وهي أن البائع هو الذي يمل عادة شروط العقد على المشتري « Quivend le pot dit le mot » ، فإذا ما وجد غموض أو لبس في هذه الشروط وجب أن يتحمل البائع تبعه ذلك .

غير أن الواقع أن البائع لا يتمكن دائماً من املاء شروطه ، بل كثيراً ما يكون مضطراً الى البيع أو متلفها عليه فيخضع هو للشروط التي يملها عليه المشتري ، فلا يكون من العدالة حيثئذ أن يتحمل هو مغبة الغموض أو اللبس الذي يقع في الشروط التي يملها عليه المشتري . لذلك رأى الشراح أن يضيقوا

تطبيق هذا النص الاستثنائي واشتراطوا فيه أولاً أن يستنفد القاضى كل وسيلة لاستجلاء حقيقة المعنى المقصود بالشرط الذى يشوبه لبس أو غموض وثانياً أن يكون الشرط المراد تفسيره من الشروط المألوفة عادة فى عقود البيع . أما اذا كان شرطاً غير مألوف أملاه المشتري لمصلحة نفسه ، تعين الرجوع فى تفسيره الى القاعدة العامة أى تفسيره لمصلحة المدين بالالتزام الذى ينشئ هذا الشرط .

٦٥ — نُسب البيع فى القانون المصرى — القاعدة العامة فى تفسير العقود فى القانون المصرى لا تختلف عنها فى القانون الفرنسى . فقد نصت المادة ١٥٠ مدنى على أنه يجب فى تفسير العقد « البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » . ويدخل استخلاص نية المتعاقدين المشتركة من عبارات العقد وصيغته فى سلطة المحكمة الموضوعية (١) .

فإذا لم يؤد هذا البحث الى استظهار نية المتعاقدين المشتركة وبقي الشك يحوط هذه النية ، وجب وفقاً للبادة ١٥١ مدنى أن « يفسر الشك فى مصلحة المدين » (وكانت المادة ١٤٠ / ٢٠١ مدنى قديم تقضى بمثل ذلك

(١) قض مدنى ٢١ مارس ١٩٤٠ الحاماة ٢٠ - ١٣٧٢ - ٦٥٥ ، قض مدنى ٩ يناير ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ - ٦٢ - ٥ ، وأيضاً ٢٠ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ - ٢٢٣ - ٢٩ .

وسيجىء أنه فى بيع العقار اشترط القانون شهر القيد لانتقال ملكية العقار المبيع من البائع الى المشتري ، ولما كان نظام الشهر العقارى يفرض اجراءات طويلة لا يمكن اعداد القيد العالم للشهر ، جرى العمل على أن يجرى القيدان عقداً ابتدائياً بالبيع يكون متجا من وقت ابرامه جميع آثار البيع عدا انتقال الملكية ، ثم يصرطان فى اجراءات اعداد القيد النهائى الذى يصلح للشهر ، وكثيراً ما يتضمن القيد الابتدائى شروطاً لا يبرى القيدان علماً لإبرادها فى القيد النهائى كالإلتحاق على شرط جزائى اذا ما تخلف أحد القاددين عن توقيع القيد النهائى بمجرد اعداده ، وفى هذه الحالة يجب القيد النهائى القيد الابتدائى ويكون هو المدلول عليه وحدهم استخلاص نية الطرفين المشتركة (قض مدنى ٩ يناير ١٩٥٨ المحار اليه آخراً) ، وفى هذا المعنى أيضاً

أيضاً). ومن المسلم أنه لا يجوز للقاضي أن يلجأ الى تطبيق هذه القاعدة الا اذا لم يجد سبيلا الى استظهار نية العاقدين الحقيقية .

وقد اكتفى المشرع المصري بهذه القاعدة العامة ولم يشأ الخروج عليها في شأن البيع بنص استثنائي يقابل نص المادة ١٦٠٢ مدني فرنسي ، فوجب الاخذ بهذه القاعدة في تفسير البيع كما في سائر العقود^(١) .

غير أنه قد خرج على هذه القاعدة ذاتها بحكم استثنائي آخر يتعلق بتفسير طائفة من العقود قد يدخل فيها البيع أحياناً ، تلك هي عقود الاذعان أى العقود التي يقتصر فيها القبول على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (المادة ١٠٠ مدني) ، اذ نص في المادة ١٥١ فقرة ثانية على أن لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن . فاذا تم البيع بطريق الاذعان كما في بيع غاز البوتاجاز ووقع الخلاف في شأن قصد العاقدين فيما يتعلق بالترام الشركة البائعة بضمان عيوب الغاز المبيع أو عيوب الانابيب التي تحتوى هذا الغاز ، فإن هذا الشك يفسر لمصلحة المشتري باعتباره الطرف المذعن . لا لمصلحة الشركة البائعة باعتبارها الطرف المدين . وعلّة ذلك أن الطرف المذعن لا بد له في وضع شروط العقد ، وأن الطرف الآخر هو الذي يملئ شروطه فيتحمل مغبة ما يقع فيها من لبس أو غموض .

== استئناف مخطط ١٢ أبريل ١٩١١ (٢٣ ص ٢٦١) ، على أنه يجوز الاستدلال بالعقد الاجمالي لجلاء ما قد يشوب عبارات العقد النهائي من لبس أو غموض دون اضافة شروط جديدة اليها [استئناف مخطط ١٧ يناير ١٩٣٩ (٥١ ص ١١٦) ، نفس مدني ٣٠ أكتوبر ١٩٤٧ مجموعة التواحد القانونية ٥ - ٤٧٢ - ٢٢٤] .

(١) وضع أن التفتين للمتي أيضاً قد اكتفى بالقاعدة العامة ولم يورد مقابلاً لنص المادة ١٦٠٢ فرنسي ، فقد ذعبت محكمة الاستئناف المتعقلة الى أنه في عقد البيع يفسر كل شريك أو غموض ضد المبيع [استئناف مخطط ١٠ مايو ١٩٤٣ (٥٥ ص ٢٤٨) . وظهر أن هذا التفسير لم يكن له أى سند من المراجعون .

الفصل الثاني

حل البيع

٦٦ - ازواج المحل في عقد البيع - تقدم أن البيع عقد ملزم للجانبين، فهو يتكون من ارادتين تلزم كل منهما بالتزامات ، وأهم التزامات البائع التزامه بنقل ملكية المبيع ثم التزامه بتسليم المبيع وبضمان الانتفاع به انتفاعاً هادئاً ، وعملها جميعاً أعمال تتعلق بالمبيع فيمكن أن يعتبر المبيع تجوزاً محلاً لعقد البيع . ومن جهة أخرى فإن أهم التزامات المشتري التزامه بدفع الثمن، فيعتبر الثمن كذلك محلاً لعقد البيع .

فتقتضى دراسة محل البيع دراسة كل من المبيع والثمن .

الفرع الأول

المبيع

٦٧ - المبيع هو المال لا الشيء - فرق التقنين الحالي بين الأشياء والأموال ، فنص على أن الشيء يكون محلاً للحقوق المالية (المادة ٨١ فقرة أولى) وعلى أن المال هو الحق المالي (المادة ٨٢) ، وقد تقدم أن المادة ٤١٨ عرفت البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء . أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي ، فدل ذلك على أن البيع لا يرد على الأشياء في ذاتها بل على الحقوق المالية سواء كانت مترتبة على أشياء مادية أو لم تكن كذلك . ومن هذا القبيل أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٣٨ من أن (٩٠ - ييم)

البائع يلتزم أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع الى المشتري وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيراً (انظر أيضاً نصوص المواد ٣٢٧/٢٦٠ فقرة أولى و ٣٢٩/٢٦٢ و ٣٢٦/٢٦٦ فقرة أولى من التقنين الملغى) .

غير أنه يلاحظ أن النصوص كثيرا ما تتحدث عن الشيء المبيع أو العين المبيعة ، والمقصود بذلك الشيء أو العين محل الحق المبيع ، اذ الواقع أن البائع إنما ينقل الى المشتري حقه على الشيء لا الشيء ذاته أى أنه ينقل اليه سلطته القانونية على هذا الشيء ، تلك السلطة التى تميز المشتري عن السارق .

والحقوق التى تكون محلا للبيع هى الحقوق المالية وحدها سواء أكانت حقوق ملكية عقارية أو منقولة أم كانت حقوقا عينية أخرى أو حقوقا شخصية أو حقوقا أدبية . على أن الغالب أن يكون محل البيع حق ملكية ، وقد اعتبر هذا الحق من قديم الزمان مالا ماديا لأنه يحيط بالشيء الذى يرد عليه احاطة تامة ، ولذلك جرى المشرع والشراح عند عرضهم لشروط المبيع وأحكامه على التحدث عن الشيء المبيع أو العين المبيعة كما تقدم ، غير أن الأحكام التى أوردتها المشرع فيما يتعلق بالشيء المبيع أو العين المبيعة ليست خاصة ببيع الأموال المادية بل تنطبق أيضاً على بيع الأموال غير المادية أى سائر الحقوق المالية بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق .

٦٨ - الشروط الواجب توافرها فى البيع - لم يرد فى التقنين المدنى أى نص خاص على الشروط الواجب توافرها فى البيع ، فيخضع المبيع فى ذلك للقواعد العامة . وقد نصت المادة ١٣٢ على أنه اذا كان محل الالتزام

مستجيلا في ذاته كان العقد باطلا ، أى أنها اشترطت في محل الالتزام أن يكون ممكناً . وظاهر أن الالتزام بنقل ملكية شيء معين لا يكون ممكناً إلا اذا وجد هذا الشيء وكان علا لحق ملكية ، فيؤخذ من ذلك أنه يشترط في المبيع أن يكون موجودا .

ومن جهة أخرى نصت المادة ١٣١ فقرة أولى على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، فذلك بذلك على أنه لا يشترط أن يكون المبيع موجودا فعلا وقت العقد بل يكفي عندئذ أن يكون محتمل الوجود بعد العقد .

وكذلك نصت المادة ١٣٢ على أنه إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره ، والا كان العقد باطلا . - يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره . . . ، فيستفاد من ذلك أن المبيع يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين .

ونصت المادة ١٣٥ على أنه إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا . . . وبتطبيق نصها على عقد البيع بين أن المبيع يجب أن يكون مشروفا أى مما يجوز التعامل فيه .

وأخيرا يؤخذ من نص المادة ٢٠٤ التى تقرر أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم . . . ، أنه يجب في البيوع التى يقصد بها أن تنقل الملكية بذاتها أى بمجرد الإيجاب والقبول أن يكون المبيع مملوكا للبائع .

وعلى ذلك تكون الشروط الواجب توافرها في المبيع أربعة ، هى :
(١) أن يكون موجودا أو قابلا للوجود ، (٢) أن يكون معينا أو قابلا

التأمين ، (٣) أن يكون مما يجوز التعامل فيه ، (٤) أن يكون مملوكا للبائع اذا كان البيع من البيوع الناقلة للملكية بذاتها ، والا فلا يلزم هذا الشرط الأخير .

وقد كان التفتين الملقى ينص في باب البيع على شرطين آخرين استلهمهما من الشريعة الاسلامية وهما أن يكون المبيع متقوما وأن يكون مقدور التسليم بحسب طبعه (المادة ٢٥٩ / ٢٢٦) . غير أن المشرع لم ير النص عليهما في التفتين الحالي ، ولعله اكتفى في ذلك بحكم القواعد العامة التي تقضى بأن يكون المبيع مما يجوز التبابع فيه (١) .

المطلب الأول

شرط وجود المبيع

٦٩ - وجود المبيع وقت انعقاد العقد هو شرط من الشروط المختلفة في شأنه - قد يوجد المبيع قبل العقد ويستمر وجوده الى حين ابرام العقد والى ما بعد ذلك. وهذا أبسط الفروض ، ولا نزاع في أن العقد ينعقد فيه ويبقى قائما . وقد يوجد المبيع قبل العقد ووقت انعقاده ثم ينعدم كله أو بعضه بعد ذلك . ولا شك في أن ذلك يكفي لاعتبار شرط وجود المبيع متوافرا ، فينعقد العقد صحيحا . وغاية الأمر أنه قد يترتب على هلاك المبيع التالى لانعقاد البيع فسخ العقد أو نقص الثمن ، أو لا يترتب عليه شيء من ذلك اذا وقع الهلاك بعد تسليم المبيع الى المشتري .

وإذا وجد المبيع قبل العقد ثم انعدم كله أو بعضه وقت العقد ، اقتضى الأمر الفصل فيما اذا كان البيع قد انعقد أو لم ينعقد وتحديد مركز كل من الطرفين في ضوء ذلك .

(١) انظر المذكرة الايضاحية المعروضة التمهيدى للتفتين المدنى ، في مجموعة الأعمال
العضوية ج ٤ ص ١٠ و ١١ .

وإذا لم يوجد المبيع قبل العقد ولا وقت إبرامه وكان قابلاً للوجود بعد ذلك ، تمين البحث فيما إذا كان احتمال وجوده في المستقبل يكفي لانعقاد البيع أو لا يكفي .

وسنعرض فيما يلي لهذين الفرضين الآخرين فقط ، فنتناول حكم هلاك المبيع وقت العقد ثم حكم بيع الأموال المستقبلية .

§ - ١ - هلاك المبيع وقت العقد

٧٠ - هلاك المبيع كله وقت العقد - لا محل للبحث في هلاك المبيع إلا إذا كان المبيع قيمياً أى معينا بالذات ، لأن المثليات لا تهلك إذ محل بعضها محل بعض .

فإذا تعاقدا البائع والمشتري على بيع مال معين بذاته كان موجوداً ثم تبين فيما بعد أنه كان قد هلك كله قبل العقد ، فلا شك في أن البيع لم يتمدد بينها لانعدام محله ، ويستوى في ذلك أن يكون الهلاك مادياً كما في بيع جواد وفق أو ثوب احترق أو طعام حمض ، أو يكون قانونياً كما في بيع دين ثم وفاه أو حق انتفاع انقضى أو اجارة انتهت مدتها .

ويستوى في ذلك أيضاً أن يكون انعدام المبيع وقت العقد مجهولاً من الطرفين أو معلوماً لهما أو لأحدهما . على أنه إذا كان الهلاك مجهولاً من الطرفين فلا يكون لأحدهما مطالبة الآخر بتعويض . وكذلك إذا كان الهلاك معلوماً لدهيها ، ولو أن هذه الحالة الأخيرة غير متصورة عملاً . أما إذا كان الهلاك معلوماً للبائع دون المشتري ، ألزم الأول بتعويض الثاني عن الضرر الذي أصابه بسبب بطلان البيع على أساس الخطأ في تكوين العقد أو على أساس المسؤولية التقصيرية باعتبار أن البائع الذي يعلم وقت العقد بانعدام المبيع ويطلان البيع يكون مخطئاً في ترك المشتري يعتقد أنه إنما يعقد عقداً صحيحاً ينقل إليه ملكية المبيع .

واذا كان الملاك معلوماً للمشتري دون البائع ، فلا مسئولية على البائع لأنه حسن النية ، ولا على المشتري لأنه ليس مكلفاً الا حاطة بحال المبيع وتنبية مالكة اليها فلا يكون مسئولاً الا اذا ارتكب خطأ بأن قصد خداع البائع وحمله على التعويل على الثمن الذى يستحقه بموجب هذا البيع الباطل فأصاب البائع ضرر بسبب ذلك . واذا كان المشتري مع عليه بانعدام المبيع وقت العقد قد وفى الثمن المتفق عليه ، فلا يجوز له استرداده لأنه دفعه عالمأ بعدم استحقاقه فلا يترده الا اذا كان وقت دفعه ناقص الأهلية أو أكره على الوفاء (المادة ١٨١ فقرة ثانية) .

ويعتبر المبيع منعماً وقت العقد اذا كان وجوده فى ذلك الوقت معلقاً على شرط ثم تخلف الشرط ، كحق المشتري بثمن مؤجل أو مقسط اذا كانت ملكيته معلقة على شرط وفاته الثمن جميعه فى ميعاد معين . فاذا باع هذا المشتري بدوره الى آخر هذه الملكية المعلقة على شرط ، ثم عجز هو عن وفاة الثمن الذى اشترى به ، انعدم حق ملكيته الذى كان معلقاً على شرط وصار كأن لم يكن وتعين اعتبار محل البيع الصادر من ذلك المشتري منعماً وقت عقد هذا البيع ، وبالتالي اعتبار هذا البيع غير منعقد أو باطلاً بطلاناً مطلقاً . أما اذا باع هذا المشتري ذلك المال على أنه مملوك له ملكاً باتاً ثم تخلف الشرط الذى كانت ملكيته معلقة عليه ، فيطبق عليه حكم بيع ملك الغير أى أنه يكون منتجاً آثاره فيما عدا نقل ملكية المبيع ، ولكن يكون للمشتري حق ابطاله .

وكذلك اذا كان للبيع وجود تام فى الظاهر غير معلق على شرط ، ولكن حدث بعد ذلك حادث ترتب عليه اعتبار هذا الوجود كأن لم يكن ، كما فى بيع الوارث الظاهر نصيبه فى التركة ثم ظهور الوارث الحقيقى بعد ذلك ، فان الأصل فى ذلك أن يعتبر النصيب المبيع منعماً وقت العقد وأن لا يتعقد البيع أو يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً . أما ان ورد البيع على مال معين مخصص الوارث الظاهر فى التركة ، كان حكمه حكم بيع ملك الغير ، وكذلك بيع

الوارث المحتمل حقوقه في الشركة المستقبلية كلها أو بعضها يقع باطلاً. أما بيع أحد الأتبان التي يملكها مورثه ، فإنه يأخذ حكم بيع ملك الغير .

٧١ - تطبيق ذلك على بيع أسهم الشركات التي لم يتم بطلانها بعد البيع -

وقد طبقت محكمة استئناف باريس ذلك على بيع أسهم في شركة تقرر بعد البيع بطلانها ، فقالت ان القضاء بطلان الشركة يجعلها كأن لم تكن ويجعل أسهمها لا وجود قانوني لها . واذن يكون البيع الذي ورد على هذه الأسهم قبل الحكم بطلان الشركة وارداً على محل معدوم ، وبالتالي يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً . وكان يترتب على ذلك ابطال جميع البيوع المتتالية التي جرت في شأن كل سهم من أسهم الشركة التي تقرر بطلانها (١) . فهالت هذه النتيجة محكمة النقض الفرنسية وحملتها على البحث عن مخرج منها ، فاهتدت الى نظرية الوجود المادي للشركات الباطلة أو نظرية الشركات التي لها وجود واقعي *société de fait* وقررت بناء عليها أن الحكم بطلان شركة ما لا ينفي أنها قد وجدت فعلاً في الواقع وأن أسهمها كذلك قد وجدت ، فيكون البيع الذي ورد على هذه الأسهم صحيحاً لأنه قد ورد على مال له وجود فعلي وقت العقد (٢) . ولم تستثن من ذلك الا حالة بطلان الشركة لانعدام محلها أولعزم مشروعيتها ، اذ اعتبرت البطلان في هذه الحالة مانعاً حتى من ذلك الوجود الواقعي للشركة والتعامل في أسهمها وارداً على محل معدوم أصلاً وبالتالي باطلاً بطلاناً مطلقاً (٣) .

ولا شك في أن رأى محكمة النقض يحقق المصلحة في استقرار المعاملات ،

(١) في هذا المعنى ليون كات وريغو وأميو في شرح القانون التجاري ج ٢ ط ٥ بنف ٧٨٧ .

(٢) قض فرنسي عرائس ٩ نوفمبر ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ - ١ - ٧٣ ، وإيضاً ٧ ديسمبر ١٩٢٠ سيزي ١٩٢١ - ١ - ١٦٠ .

(٣) قض فرنسي مدني ٣٠ يولي ١٩١٢ سيزي ١٩١٣ - ١ - ١٣٩ .

ولكنه ثقل الوطأة على المشتريين الآخرين لأسهم الشركات التي تقرر بعد ذلك بطلانها . غير أنه مما يخفف عن هؤلاء المشتريين أنه يجوز لهم الرجوع على البائعين اليهم بدعوى ضمان العيوب الخفية إذا لم يكن ظاهراً في وثائق الأسهم ما ينبئ عن السبب الذي أدى إلى الحكم بطلان الشركة ولم يكن هذا السبب معلوماً لهم من أى طريق آخر (١) .

٧٢ - ههناك بعض المبيع وقت العقد - أما إذا كان المبيع وقت العقد قد هلك بعضه وبقي البعض الآخر ، جاز التساؤل عما إذا كان العقد في هذه الحالة يتعقد اعتماداً على الباقي أو لا يتعقد تقييداً لما انعدم .

وظاهر أن وجود جزء من المبيع يكفي لأن يرد عليه العقد إذا لا يكون وإراداً على معدوم كما في حالة الهلاك الكلي ، غير أن العدالة تقتضي في هذه الحالة أن لا يلزم المشتري بشئ الكل بل يخفف له من الثمن بقدر ما هلك من المبيع ، وألا يجبر على تفرقة الصفقة وعلى أخذ الجزء الباقي من المبيع إذا كان هذا الباقي لا يصلح للقرض الذي من أجله تعاقد على شراء المبيع كله . ولذلك نصت المادة ١٦٠١ فقرة ثانية مدني فرنسي على أنه إذا هلك بعض المبيع فقط كان المشتري بالخيار بين ترك البيع أو أخذ الباقي من المبيع في مقابل ما يوازيه من الثمن .

وقد ذهب الشراح إلى أن المشتري لا يكون له هذا الخيار إلا إذا كان وقت العقد لم يعلم بوقوع الهلاك الجزئي ، ثم اختلفوا في مدى الخيار ، فقال بعضهم أنه مطلق يثبت للمشتري أيما كانت نسبة ما هلك إلى ما بقي بحيث تعين انقائه من البيع متى طلب ذلك ولا يكون للحكمة تقدير . ولكن الراجح أنه مقيد بأن يكون الهلاك الجزئي قد بلغ حداً يجعل الباقي من المبيع لا يفيح

(١) بيان ج ١١ ط ٢١ نفاذ ٧٦ ص ٥٤ ، نفس فرنسي مدني ٣ يويه ١٨٨٥ سمي ١٨٨٥ - ١ - ٢٥٩ .

الغرض الذى توغاه المشتري من الشراء ، فان وجدت المحكمة أن الهلاك قد بلغ هذا الحد أجهت طلب الاقالة ، والا رفضته حتى لاتمكن المشتري من أن يتعلل بهلاك تافه للخلاص . من صفقة ندم على عقدها . وحينئذ يتعين عليها أن تخفض الثمن المنفق عليه بنسبة ما هلك من المبيع مالم يكن الهلاك من النفاة بحيث لا يبرر التخفيض . ولا يجوز أن تقدر المحكمة ثمن الباقي وحده دون نظر الى الثمن المسمى فى العقد .

ولم يورد المشرع المصرى مقابلا لنص المادة ١٦٠١ فقرة ثانية مدنى فرنسى ، ولكن حكمها لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة ويمكن الأخذ به دون نص . ذلك أن سبب التزام المشتري بالثمن المسمى هو التزام البائع بتسليم المبيع كله ، فلا يقوم الالتزام الأول دون الثانى ، والغرض أن الثانى مستحيل بسبب الهلاك الجزئى فلا يتعقد العقد ، أو يقع باطلا بطلانا مطلقا . غير أنه يمكن قصر البيع على الباقي من المبيع اذا قبل الطرفان ذلك وفرض فى البائع قبوله ولا يسمح له بالرفض لأنه لا يضر عليه من تجرته الثمن . أما المشتري فيفرض فيه القبول مالم يثبت أن الباقي من المبيع دون هلاك لا يحقق غرضه من السراء أى أنه ما كان يقبل الشراء لو علم بما حدث من هلاك (قارن المادة ١٤٣) .

ومؤدى قصر العقد على الباقي من المبيع دون هلاك أن يأخذ المشتري هذا الباقي بما يقابله من الثمن فقط وأن يرفع عنه ما يقابل الجزء الذى هلك . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا ثبت أن جزءا من الارض المبيعة كان قد سبق صدور مرسوم بزرع ملكيته للمنفعة العامة ، تعين على البائع أن يرد الى المشتري ما يقابل هذا الجزء من الثمن الذى قبضه^(١) .

واذا شمل البيع أشياء مختلفة وهلك بعضها دون بعض ، فلا يجوز للمشتري أن يطلب اقالته من الصفقة كلها بناء على ما تقدم الا اذا أثبت

(١) استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر ١٩٣٨ (٥١ ص ٧٧) .

أنه قد روعي فيها عند العقد ارتباط هذه الأشياء بعضها ببعض واعتبارها غير قابلة للتجزئة. فإذا لم يقم الدليل على ذلك ، اعتبر كل من هذه الأشياء مبيعاً على حدة ، وبطلت البيوع المتعلقة بالأشياء التي هلكت ، وانعقدت الأخرى وبقيت صحيحة . ويعتبر تحديد مضمون واحد لجميع الأشياء المبيعة جملة قرينة على النظر إليها باعتبارها غير قابلة للتجزئة ، ولكنها قرينة قابلة لاثبات العكس .

وإذا لم تتوافر هذه القرينة جازت إقامة الدليل بكافة الطرق على عدم قابلية المبيعات للتجزئة .

٢٥ - بيع الأموال المستقبلية

٧٣ - تاريخ المسألة - في القانون الفرنسي نصت المادة ١١٣٠ مدني

فرنسي في باب الالتزامات على أن ، الأشياء المستقبلية يجوز أن تكون محلاً للتعهدات^(١) ، ، ولم تستثن من ذلك إلا التركات المستقبلية . فتعتبر القاعدة في القانون الفرنسي جواز بيع الأموال المستقبلية والاستثناء عدم جواز بيع

(١) ويرى المراجع الفرنسيون أن هذا المبدأ يقر مبدأ عاماً كان مسلماً في ظل القانون القديم ولم يكن يحتاج إلى النص عليه . وإنما رأى واضعوا النسخ أن يصحوا عليه تعميماً للنس على الاستثناء الوارد عليه والغاص بالتركات المستقبلية . انظر Verdier في كتابه *Les droits éventuels* p. 8.

وأيضاً رسالة رجيس جيرارد Régis Girard المقدمة لجامعة ليون سنة ١٩٣٩
Les actes de disposition relatifs aux situations juridiques futures en droit français et en droit allemand : Les droits éventuels
 وخمسة من ١٣٠ .

ويقول بلانويول وريمر واسمات (في المجلد ج ٦ ، نبذة ٢٢٣) أنه لا يوجد أي سبب يحول دون صلاحية المبيع المستقبل الذي لم يوجد بعد وقت التعاقد لأن يكون محلاً للالتزام . فأنشئ من العقد طالما أنه لا يراد بهذا التجهد نقل ملكية ذلك المبيع فور التعاقد . . . وأنه لا بد لا يمكن إبطال مثل هذا التمسك من الاستناد في ذلك إما إلى عدم تعيين محل الالتزام ، وإما إلى مخالفة التماسك في هذا المحل لتنظيم الماهية كما هو الشأن في تحريم التعامل في التركات المستقبلية .

التركة المستقبلية أو أى حق فيها . غير أن التمييز بين ما يعتبر مالا مستقبلا يصلح محلا للتعاقد وما يعتبر معدوما لا يصلح لذلك ليس بالأمر الهين خاصة فيما يتعلق بالحقوق الشخصية créances ، وقد تشددت المحاكم الفرنسية فيما يتعلق بهذه الحقوق ، ففرقت بين حالات انعدام الحق أصلا néant matériel وحالات الحقوق المستقبلية droits futurs وأجازت التعامل في الحالات الأخيرة دون الأولى ، واشترطت لاعتبار الحق حقا مستقبلا تجوز حوالة أما أن يكون هذا الحق قد بدأ وجوده qu'il ait déjà un commencement d'existence وأما أن يكون قد وجد العمل القانوني الذي يصلح أساسا لهذا الحق (١) ou qu'un acte juridique serve de fondement ou de germe à la créance future.

فقتضت مثلاً بجواز بيع المنفعة التي تعود على شخص من تأمين لما يعقد (٢) ، أو بيع أسهم شركة قبل أن يتم إصدارها (٣) ، أو حوالة أجرة لما تستحق (٤) ، أو حوالة الشريك في الشروع نصيبه في الثمن الذي ينتج من بيع العقار الشائع بالمواد لعدم إمكان قسمته (٥) . وقد أقرها الشراح على ذلك (٦) .

ويفرق الشراح في فرنسا بين نوعين من بيع الأموال المستقبلية ، الأول يجازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه ، فيكون البيع في الواقع وارداً

(١) انظر جيار الساق الإشارة إليه ص ١٣٠ ، فرديه في الحقوق المحتملة ص

٣٥ ، ٣٩ .

والفرض من هذا التشدد تحمين المدينين والدائنين ضد ميلهم إلى المضاربة على الحقوق لمحبة أو إلى الاستهانة بها (انظر بلايول وريبير واسمان المطول جزء ٦ ، نبذة ٢٢٣) .

(٢) استئناف موندليه ١٩ مارس ١٩٠١ سيري ١٩٠٥ - ٢ - ٥٧ .

(٣) عرائش ٦ يولييه ١٨٨٧ سيري ١٨٨٧ - ١ - ٢٩٤ .

(٤) ديموج في المجلة الفصلية لقانون المدني ١٩٠٥ ص ٧٣٠ .

(٥) محض فرنسا ٢٦ مايو ١٨٨٦ سيري ١٨٨٦ - ١ - ٢٥٦ .

(٦) بلايول وريبير واسمان جزء ٦ ، نبذة ٢٢٣ ، بلايول وريبير بولانية ٢٦ ص ٦٢١

نبذة ١٩٧٢ ، ديموج في المجلة الفصلية المرجع السابق .

على الأمل في وجود المبيع أو على الحظ ، كبيع أوراق اليانصيب وبيع الصياد ضربة شبكته ، ويعتبر بيعاً احتمالياً بحثاً *entièrement aléatoire* أى من عقود الغرر أو المضاربة . والثاني يجازف فيه المشتري في مقدار المبيع وكميته فقط لا في وجوده ذاته كبيع المحصول الذى سينتج من أرض معينة في موسم محدد . وهو يعتبر وارداً لا على مجرد الأمل في وجود المحصول بل على المحصول الذى سيوجد فعلاً أياً كان مقداره فتكون المضاربة أو المجازفة فيه أقل منها في النوع الأول .

ويعتبر البيع في كلتا الحالتين صحيحاً ، وإن اختلف حكمه على الوجه الذى سنفصله عند الكلام في القانون المصرى الحالى .

وفي الشريعة الاسلامية ورد في المادة ٣٠٤ من مرشد الخيران أنه ولا يصح أن يكون الشيء المعلوم الذى سيوجد في المستقبل محلاً لعقد المعاوضة الا في السلم بشرائطه . . وبين من هذا النص أن الأصل في الشريعة الاسلامية عدم جواز التعامل في المال المستقبل وأن الاستثناء جوازه .

غير أن بعض الفقهاء الحديثين لاحظوا أن السلم ليس الاستثناء الوحيد من هذا الأصل ، وإن الشيء الذى سيوجد في المستقبل يصلح أن يكون محلاً لعقد الاجارة والاستصناع وما شابهها ، ورأوا أن كثرة العقود المستثناة من هذا الأصل تقوم مانعاً في اعتباره أصلاً ، وأن علة التحريم في الواقع ليست عدم العلم ، بل الغرر بسبب عدم القدرة على التسليم ، فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم ، فتجوز الاجارة والمساواة وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر في ذلك ، ولا يجوز بيع البعير الشارد ، وإن كان موجوداً ، لوجود الغرر في بيعه (الأستاذ على الحقيف والأستاذ أبو زهرة) .

وعلى ذلك يميز هؤلاء الفقهاء بين نوعين من العقود : الأول تقتضى طبيعته بحسب شرعه أن يكون محله موجوداً عند التعاقد ، فيكون وجوده محلاً شرطاً

في انعقاده ، لأن عدم وجود المحل حيثئذ مخالف لطبيعة العقد وشرعه ، وما شرع كذلك إلا لدفع نزاع أو تجنب غرر . ومن هذا القبيل عقد البيع . والنوع الثاني لا تقتضى طبيعته وشرعه وجود محله وقت انعقاده ، كما في العقد على المنافع من اجارة ومزارعه ومساقاة ، وكما في عقد السلم وعقد الاستصناع وما الى ذلك ، فلا يشترط وجود المحل حيثئذ ، وإنما يشترط امكان وجوده في المستقبل .

وبهذا يعلل هؤلاء الفقهاء ما ورد بشأن عقد البيع في كتاب مرشد الحيران من أن بيع المعلوم باطل فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع المحل ، (المادة ٢٨٣) ، ومن أن الثمار التي ظهرت وانعقدت يجوز بيعها وهي على شجرها سواء كانت صالحة للأكل أم لا ، (المادة ٢٨٤) .

وعند وضع التقنين المدني المختلط وجد المشرع المختلط في سنة ١٨٧٥ نفسه أمام قاعدتين على طرفي نقيض فيما يتعلق بجواز التعامل في الأموال المستقبلية أو عدمه ، قاعدة القانون الفرنسي وهي تجيز هذا التعامل ، وقاعدة الشريعة الاسلامية وهي تحرمه . وكان يتعين عليه أن يختار بينهما . ولكنه لم يصرح بشيء . في هذا الشأن واقتصر على ايراد بعض النصوص التي تحرم التعامل في أنواع معينة من الأموال المستقبلية . فنص في المادة ٣٣٠ من التقنين المدني المختلط على أن بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل ونص في المادة ٣٣٢ على أن بيع الحقوق في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه .

ازاء هذين النصين جاز التساؤل عما اذا كان المشرع المختلط قد قصد بذلك اعتماد قاعدة القانون الفرنسي الذي كان يسير على منواله بوجه عام وأورد النصين المشار اليهما على سبيل الاستثناء من هذه القاعدة ، أم قصد

اتحاد قاعدة الشريعة الإسلامية التي كانت قبل صدور التقنينات المختلطة الشريعة العامة في مصر وأورد النصين المذكورين باعتبارهما تطبيقاً لتلك القاعدة . وكان مما يرجع هذا الاحتمال الأخير رغبة المشرع المختلط البادية في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في مواضع كثيرة مراعاة منه لما ألفت البلاد ستين طويلة من جهة ، ونقله نص المادة ٣٣٠ مدني مختلط من المادة ٣٨٣ من مرشد الحيران من جهة أخرى .

ولكن مصلحة مصر باعتبارها بلداً زراعياً جرى أكثر الزراع فيها على التصرف بالبيع في محصولاتهم قبل نضجها بل أحياناً قبل ظهورها رجعت كفة قاعدة القانون الفرنسي التي تجعل الأصل جواز التعامل في الأموال التي لم توجد بعد ، فقضت المحاكم المختلطة بأن التقنين المدني ليس فيه نص يقضي بتحريم بيع الأموال المستقبلية بوجه عام وأن أحكام المادتين ٣٣٠ و ٣٣٢ تعتبر أحكاماً استثنائية ويلزم تفسيرها تفسيراً ضيقاً وتطبيقها بدقة .

وفيما يتعلق بنص المادة ٣٣٠ بحث هذه المحاكم علة الاستثناء الوارد فيها رغبة منها في قصر تطبيقه على الأحوال التي تتوافر فيها هذه العلة ، ورجعت في ذلك إلى أصله التاريخي في الشريعة الإسلامية . ولما تبين أن علة تحريم هذه الشريعة التعامل في الأموال المستقبلية ما يتطوّل عليه هذا التعامل من غرر ، قصرت تطبيق المادة ٣٣٠ على أحوال البيع التي يكون فيها غرر ، فطبقتها على بيع المحصولات والثمار المستقبلية إذا كان المقصود به الزام المشتري بالثمن بقطع النظر عن تحقق وجود المحصول أو الثمار أو عدم تحققه ، أو كان المقصود به الزام المشتري بثمان محدد جزافاً في العقد بقطع النظر عن جودة المحصول أو رداؤه وكثرته أو قلته ، واعتبرتها غير منطبقة على الأحوال التي يلزم فيها المشتري بثمان يقدر بسعر الوحدة بحيث يتناسب الثمن مع مقدار المحصول ، لأن البيع في هذه الأحوال لا يكون فيه غرر .

وقد ساعد هذا التفسير على تضادى المضار التي تنشأ عن تحريم بيع
المحصولات المستقبلية بوجه عام ، وسمح بوجه خاص بإجازة التعامل في حصول
القطن قبل ظهوره إذا كان هذا التعامل على أساس سعر الوحدة خلافا لما
يقضى به ظاهر النص .

ورغبة منها في زيادة التضييق في تطبيق نص المادة ٣٣٠ ذهبت المحاكم
المختلطة الى أن يبيع المحصولات المستقبلية الذي يقع تحت طائلة البطلان
المقرر بهذا النص لا يكون باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فقط لمصلحة
البائع وحده ، فلا يجوز للمشتري أن يتمسك به . وظاهر أن قضاءها
بذلك لا يتفق مع القواعد العامة التي تجعل البطلان الذي يترتب على انعدام
المحل أو على عدم توافر أى شرط من شروطه الأساسية بطلانا مطلقا ، فوق
أنه يصدم العدالة بحماية البائع وحده مع أن المشتري معرض للفرر ذاته
وجدير بمثل هذه الحماية اذ يحتمل أن تسوء حال الحصول فيلزم بالتمن
المسمى كاملا .

وعند وضع التقنين الأهلى في سنة ١٨٨٣ كانت قد ظهرت مضار النص
الذى تضمنته المادة ٣٣٠ مختلط ومحاولات القضاء المختلط للتخفيف منها ،
فأثر المشرع الوطنى عدم النص على ما يقابل حكمها ، واقتصر على النص
في المادة ٢٦٣ مدنى أهلى على تحريم بيع الزكات المستقبلية . وقد اتبع المشرع
ذلك أيضاً في التقنين المدنى الحالى .

٧٤- حكم التقنين المدنى الحالى في بيع الأموال المستقبلية: (أ) القاعدة -
نصت المادة ١٣١ مدنى على أنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شياً
مستقبلاً - غير أن التعامل في تركه انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان
برضاه ، الا في الأحوال التى نص عليها في القانون » .
وقد تضمن هذا النص قاعدة عامة واستثناء واحداً من هذه القاعدة .

أما القاعدة فهي جواز التعامل في الأموال المستقبلية أيا كان نوع التعامل وأيا كان المال المستقبل ، وبناء على ذلك يجوز بيع المال الذي لم يوجد بعد مادام يجتمل الوجود كبيع السلع التي لم يتم صنعها وبيع المحصول قبل ظهوره أو حتى قبل زراعته^(١) وبيع البناء قبل إقامته وبيع المؤلف قبل تمامه أو حتى قبل البدء فيه وبيع ورقة اليانصيب أو ضربة الشبكة .

غير أن بيع الأموال المستقبلية يختلف بحسب قصد العاقدین منه ، وله ثلاث صور ، الأولى بيع المال المستقبل بسعر الوحدة منه ، والثانية بيع المال المستقبل بثمان مقدر جملة ولكن بشرط تحقق وجود ذلك المال في المستقبل ، والثالثة يبعه بثمان مسمى يلتزم به المشتري بقطع النظر عن تحقق وجود المبيع مستقبلاً أو عدمه^(٢).

والصورة الأولى هي التي أجازت فيها المحاكم المختلطة البيع بالرغم من التحريم الذي كانت تنص عليه المادة ٣٣٠ مختلط ، كبيع محصول القطن الذي سينتج من أرض معينة في موسم محدد بسعر ٥٠ ريالاً للطنطار . ويكون البيع فيها محدد القيمة بعبء عن الغرر^(٣) . وتكييفه أنه بيع منشيء فقط التزاماً بنقل ملكية المبيع ومعلق على شرط واقف هو تحقق وجود المبيع

(١) انظر فيما يتعلق ببيع محصول القطن المستقبل مقدراً بتقارمين تحت العجز والزيادة بسعر معين ودفع الثمن مقدماً على أن يصير الحاسبة على الزيادة أو العجز في المحصول على أساس سعر اقبال البورصة في تواريخ مختلفة محددة ، واعتبار ذلك بيع مال مستقبلي جائراً قانوناً طبقاً للمادة ١٣١ مدني ، نفس مدني ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ١٤١ - ٩٧ .

(٢) وتبيز بيع الأموال المستقبلية في الصورتين الأخيرتين عن البيع الجزاف بأن المبيع في هذا البيع الأخير يكون موجوداً قبل وقت التعاقد ، وغاية الأمر أنه حصل بيعه بالثمن المسمى دون تعيين قدره أي دون تعيين عدده أو وزنه أو كليه إذا كان مما يمد أو يوزن أو يكال . أما بيع الأشياء المستقبلية فلا يكون المبيع فيه موجوداً ولذا لا يمكن بل يكفي أن يكون قابلاً للوجود فيما بعد (في هذا المعنى قض مدني ١٨ يناير ١٩٤٨ المحاماة ٣٠ - ١٣٧٢ - ٥٣٤) .

(٣) استئناف مصر ١٨ أبريل ١٩٤٨ المجموعة ٥٠ رقم ١١٧ .

في المستقبل . فاذا تحقق وجوده كله أو بعضه أنتج العقد آثاره - بما في ذلك الالتزام بنقل الملكية - بالنسبة الى القدر الذي تحقق وجوده مستندة الى وقت انعقاده ، ولكن انتقال الملكية الى المشتري لا يتم من وقت نشوء الالتزام به نشوءاً مستنداً الى تاريخ العقد ، بل من وقت تحقق وجود المبيع لحسب^(١) .

واذا لم يوجد المبيع ، كما اذا هلك المحصول بأفة سماوية أو غرق أو غزو ، تخلف الشرط الواقف وترتب على تخلفه اعتبار البيع كأن لم يكن ، فيتحلل البائع من التزامه ولا يجب على المشتري شيء من الثمن ولا يجوز له مطالبة البائع بأى تعويض . على أنه اذا كان تحقق وجود المبيع في المستقبل يقتضى عملاً يقوم به البائع ، وجب في حالة تخلفه ألا يكون ذلك راجعاً الى تقصير البائع في القيام بهذا العمل ، والا وجب عليه تعويض المشتري عن تسببه في عدم وجود المبيع ، كما اذا باع المزارع محصولاً مستقبلاً ثم امتنع عن الزرع .

والصورة الثانية يكون فيها الثمن معيناً جملةً ويتجه فيها قصد العاقدين الى تعليق البيع على شرط وجود المبيع في المستقبل كبيع ناتج الفحم الرجوع الذي ينتج من قاطرات سكة الحديد في مدة مستقبلية ومنطقة معينة . وظاهر أن البيع في هذه الصورة ينطوى على قدر من الفرر محدود لأن المشتري فيه يجازف في قدر المبيع وكميته فقط لا في ذات وجوده . وتكييفه كما في الصورة السابقة أنه بيع معلق على شرط واقف هو تشغيل السكك الحديدية بالفحم في الفترة والمنطقة المعينتين ووجود الفحم رجوع منها . فاذا استمر تشغيل السكك الحديدية على الوجه المطلوب ، تحقق الشرط الواقف ولزم

(١) وإذا اختلف الطرفان على أن ينشأ التزام المشتري بالثمن مستحق الأداء من قبل تحقق وجود المبيع ، كان العقد منفصلاً التزاماً بنقل ملكية المبيع عند تحقق وجوده ومفترقاً بشرط فاسخ هو امتناع وجود المبيع نهائياً في وقت معين ، فيجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن من وقت العقد ما لم يحدد له أجل ، على أن يردده اليه اذا لم يحقق وجود المبيع . والمول عليه في الأخذ بهذا التكييف أو فاك ما أجهت اليه ارادة العاقدين .

البيع الطرفين ووجب على المشتري الثمن المسمى أيا كان مقدار الفحم الرجوع الناتج في الفترة والمنطقة المتفق عليهما . أما إذا تخلف الشرط بأن بطل تسير السكك الحديدية في الفترة والمنطقة المتفق عليهما أو استعمل في تسيرها المازوت بدلا من الفحم فلم يتحقق وجود الفحم رجوع ، صار العقد كأن لم يكن . فإذا كان البائع قد التزم بالعمل على إجماع المبيع وكان تخلف المبيع راجعاً الى نقصيره ، وجب عليه أن يموض المشتري .

والصورة الثالثة يجازف فيها المشتري في وجود المبيع نفسه كبيع أوراق اليانصيب وبيع العياد ضربة شبكته ، فيكون المبيع في هذه الحالة هو مجرد الأمل في الربح أو في الصيد ، فينقصد البيع منجزاً ويلزم المشتري بالثمن المسمى سواء تحقق هذا الأمل أو لم يتحقق ، أى سواء وجد الربح أو الصيد أو لم يوجد (١) .

ويشترط في ذلك أن يكون تحقق الأمل في المبيع أو عدم تحققه متروكاً لظروف لا دخل لأحد العاقدین فيها (٢) ، والا فان من يتسبب منهما في عدم تحقق هذا الأمل يسأل عن ذلك قبل الطرف الآخر . فإذا امتنع الصياد

(١) وقد نظرت محكمة النقض الى الصورتين الثانية والثالثة فقط وما التان تشتركان مع البيع الجزاف في أن الثمن يكون فيها معددا جلة أى بثمان مسمى لا يتغير بغير قدر المبيع ، وقالت بعد التمييز بين البيع الجزاف وبيع الأموال المستقبلة أن هذا البيع الأخير نوبان الأول يجازف فيه المشتري في وجود المبيع فيه وهو ما يسمى بيع غرر كبيع أوراق اليانصيب أو بيع العياد ضربة شبكته ، والثاني يجازف فيه المشتري في قدر المبيع وكيته فقط كسواء التعم الذي ينتج من طائرات السكك الحديدية في مدة مستقبلية ومطلقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينقصد منجزاً ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة ، وجد المبيع أو لم يوجد . وحكم النوع الثاني أن يكون مطلقاً على شرط وانف هو وجود المبيع في المستقبل . فإذا وجد المبيع فإن المدين يتقدم بين الطرفين بحمل الظن عن مقلاده وكيته ويجب على المشتري أداء الثمن وإذا لم يوجد المبيع في المستقبل لم يتقدم بين الطرفين بيع لنقد أحد أركانه . وفي هذه الحالة لا يجب على المشتري أداء الثمن (نقض ١٨ يناير ١٩٤٨ الصفحة ٣٠ - ١٣٢٢ - ٥٣٤) .

(٢) في هذا المعنى نقض ١٨ يناير ١٩٤٨ المشار اليه في الهامش السابق .

مثلا عن رضى الشبكة، جاز لمن تعاقد معه الامتناع عن دفع الثمن أو استرداده ان كان قد دفعه، وكان له أيضاً أن يطالب بتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر. وكذلك اذا امتنع منظم أوراق البانصيب - وهو بانمبا الأول - عن اجراء السحب.

أما اذا اتفق الصياد على أن يمكن المشتري من رضى الشبكة بنفسه وامتنع المشتري عن رميها بدون مبرر استحق الصياد الثمن المتفق عليه.

وظاهر أن هذا البيع بيع غرر. ومع ذلك فهو صحيح وفقاً للتقنين المدني المصري وسائر القوانين الحديثة.

وللتمييز بين الصورتين الثانية والثالثة، أى صورة البيع المعلق على شرط وجود المبيع ويسع مجرد الأمل، يجب الرجوع أولاً الى شروط العاقدين والنزول على حكمهما فيها. فإذا أغفلا يان قصدهما فيها وجب استخلاص نيتهما من مقدار الثمن في العقد. فإذا كان الثمن معادلاً لقيمة المبيع أو قريباً منها، وجب اعتبار العقد معلقاً على شرط وجود المبيع. أما اذا كان الثمن قليلاً وانقطعت النسبة بينه وبين قيمة المبيع، فالراجع أن العقد احتمالى. ومع ذلك اذا قامت الشبهة فى استجلاء نوع العقد، وجب على القاضى ترجيح اعتباره معلقاً على شرط وجود المبيع. وذلك لأن العرف قد جرى بأن المشتري لا يجازف فى وجود المبيع نفسه، وبأنه انما يذلل الثمن فى مقابل شيء محقق، ولهذا يجمع الشراح على أن بيع الحظ أو الغرر هو الاستثناء.

ويلاحظ أنه لا يترتب على بيع المال المستقبل انتقال ملكية هذا المال فور التعاقد الى المشتري كما هو الشأن فى بيع المال الحاضر، لاستحالة ذلك قانوناً، ولأن قصد الطرفين لا يمكن أن يكون قد اتجه اليه بصيغة جدية، بل ان كل ما يترتب عليه هو نشوء التزام فى ذمة البائع بنقل ملكية المال

المستقبل المذكور اذا ما تحقق وجوده، فلا يكون للشترى قبل تحقق وجود المال المبيع سوى حق في تملك ذلك المال عند تحققه، فالعقد لا يخوله ملكية ذلك المال قبل وجوده بل هو لا يخوله حقاً شخصياً بالزام البائع بنقل هذه الملكية اليه ، وانما يخوله فقط أن يترتب بالمال المبيع حتى اذا ما تحقق وجوده ملكه بقوة القانون ودون حاجة الى أى عمل من جانب البائع^(١) وهذا ما يسميه الفقه الحديث بالحق التمهيدى *droit éventuel* أو الحق المنشئ. أو الحق الترخيصى *droit formateur* ^(٢) .

٧٥ - (ب) الاستثناء : تحريم بيع التركة المستقبلية - التركة هي مجموعة ما يتركه الانسان عند موته من حقوق وديون . ولا يعتبر للتركة وجود الا من وقت موت صاحبها . أما قبل ذلك فهي تركة مستقبلية . ويرجع تاريخ تحريم بيع التركة المستقبلية الى عهد القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون يحرم كل تعامل فى التركة المستقبلية لاي سبب فحسب ، باعتبار هذا التعامل مخالفاً للأداب وللنظام العام . أما مخالفته للأداب فلأنه ينطوى على مضاربة على حياة المورث . وأما مخالفته للنظام العام فلأنه يفرى المتصرف اليه بالتعجيل بموت المورث . غير أن الرومان اعتبروا أن المورث خير من يقدر وجود الخطر على حياته من وراء هذا التعامل ، فاذا أقر التصرف أو اشترك فيه ، كان ذلك دليلاً على انتفاء الخطر ولم يكن ثمة محل لاعتبار التصرف مخالفاً للنظام العام ، بل ان اقراره اياه أو اشتراكه فيه

(١) ما لم يكن المبيع قدراً معيناً من شئ . مثل فيحتاج الى إفرضه بد تحقيق ذلك الشئ . .
واذا كان تحقق وجود الشئ . يقتضى أن يقوم البائع بسبل معين لا يوجد الشئ . بدون ، فان العقد يلزم البائع بهذا العمل ويحول المشتري أن يطالبه بتنفيذ هذا العمل وأن يسأله عن إخلاؤه بهذا الالتزام .

(٢) انظر Verdier ص ٣٧ ، جبراس ١٥٨ حيث يقول

Le disposant veut seulement accorder à son co-contractant une situation privilégiée d'attente .

يجعل مضاربة المتصرف اليه غير مخالفة للأداب . ولذلك أجازوا التعامل في التركة المستقبلية برضا المورث .

أما القانون الفرنسى وسائر القوانين الحديثة ، فقد اعتبرت بيع التركات المستقبلية غير جائز ليس لما ينطوى عليه من خطر على حياة المورث أو من مضاربة على حياته فحسب ، بل أيضاً لأنه يسهل وقوع الوارث المحتمل فريسة في أيدي المرايين الجشعين الذين ينصبون شيا كهم للشباب فيمدونهم بالمال يقضون به شهواتهم وفي مقابل ذلك يستكتبونهم بيع حقهم في الميراث كله أو بعضه ، أى أنها اعتبرت أن تحريم بيع التركة المستقبلية ليس مقررأ لمصلحة المورث فحسب بل لمصلحة الوارث أيضاً . ولذلك لم تكف بالتحريم كما ورد في القانون الروماني ، بل شددت فيه وعممته . ونص المشرع الفرنسى في المادة ١٦٠٠ من التقنين المدني على أنه « لا يجوز بيع تركة شخص على قيد الحياة ولو برضاه » . ونص المشرع المصرى على « مثل ذلك في المادة ٢٦٣ / ٢٢٢ مدنى قديم ، أى أنهما جعلتا بيع التركة المستقبلية باطلا ولو تم برضا المورث .

وقد فكر واضعو مشروع تنقيح القانون المدني في نيز هذا التشديد في العودة الى حكم القانون الروماني لباحة بعض أنواع من التصرفات التي ترد على التركة المستقبلية كاتفاق الورثة في حياة مورثهم وبموافقة على قسمة أمواله بينهم بعد وفاته ، تفاديا لنشوب خلاف بينهم على القسمة لو أرادوا اجراءها بعد موته . ولذلك نصوا في المادة ١٨٢ من المشروع التمهيدى على أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل الا أن يكون برضاه وبورقة رسمية . ولكن لجنة المراجعة لم تقر هذا التعديل وآثرت العودة الى النص القديم . ولذا نصت المادة ١٣١ فقرة ثانية مدنى على أنه التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، الا في الأحوال التي نص عليها في القانون ، ، وقصدت بالأحوال المستثناة التي نص عليها القانون حالة

قصة المورث تركته بين ورثته المنصوص عليها في المواد ٩٠٨ وما بعدها .

وبناء على ذلك يكون بيع التركة المستقبلية باطلا ، سواء ورد على كل التركة أو على نصيب فيها أو على مال معين باعتباره عنصراً منها ، وسواء صدر البيع من المورث نفسه أو من وارث محتمل ، وسواء في هذه الحالة الأخيرة أن يكون البيع الى وارث محتمل آخر أو الى أجنبي عن التركة .

فاذا باع المورث جميع تركته بما في ذلك أمواله وديونه الحاضرة والمستقبلية ، وقع باطلا لأن محله تركه مستقبلية . أما اذا باع جميع أمواله وديونه الحاضرة ، كان البيع صحيحاً بشرط ألا يضاف الى ما بعد الموت لأن محله تركه . واذا باع الوارث المحتمل الى وارث آخر أو الى أجنبي الدار التي سيرتها من أبيه ، كان البيع باطلا لأنه وارد على عين داخلة في تركه مستقبلية . أما اذا باع الدار ذاتها على زعم أنها مملوكة له ، سرى على البيع حكم بيع ملك الغير لا حكم بيع التركة المستقبلية . والفرق بين الحكمين كبير كما سيأتي بعد .

وقد ربطت محكمة النقض بين تحريم بيع التركة المستقبلية وبين قواعد الميراث . فقررت أن قواعد الميراث متعلقة بالنظام العام وأن كل تصرف يقصد به التحايل على هذه القواعد يقع باطلا بطلاناً مطلقاً ، وأن تحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز التعامل بين وارث محتمل في تركه مستقبلية وبين شخص أجنبي عن هذه التركة بأن يبيع الوارث للأجنبي نصيبه في التركة أو ينازل له عنه ، ولا بين وارث محتمل ووارث محتمل آخر ، ولا بين المورث نفسه ووارث محتمل له أو أجنبي عنه كأن يتفق المورث على أن يعطى وارثه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه الشرعي ، أو أن يجعل الأجنبي وارثاً له بغير أن يقوم به سبب

شرعى من أسباب الارث عند استحقاق هذا الارث . وبالجمله لا يجوز قبل وفاة انسان معين الاتفاق على شىء يمس بحق الارث عنه ، سواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً ، أو من جهة النقص أو الزيادة فى حصصهم الشرعية ، أو من جهة التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه ، فان جميع هذه الاتفاقات وماشابهها يخالف النظام العام^(١) .

المطلب الثانى

تعيين المبيع

٧٦ - طريقة تعيين المبيع - يجب أن يكون المبيع معيناً حتى يرد عليه الاتفاق ، لأنه اذا كان غير معين استحال ورود الاتفاق عليه ، الا اذا كان قابلاً للتعيين ، فحينئذ يعتبر فى حكم المعين^(٢) .

وتعين حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية بالشىء غير المادى الذى تتعلق به . وتعين الحقوق الشخصية بمحلها وبشخص الدائن وشخص المدين . أما الحقوق العينية ، وبخاصة حق الملكية ، فتعين بالشىء الذى ترد عليه . والأشياء من حيث طريقة تعيينها نوعان : أشياء معينة بالذات أو قيعية ، وأشياء مثلية وهى التى تعين بغير الذات .

(١) قضى ١٤ يوتيه ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١ - ٤٤٩ - ١٩٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أيضاً أنه « اذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع لجميع أملاكها على أن تملكها اذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتلكه هى ماله فى حالة وفاته قبلها ، فان التكليف الصحيح الواضح كتمريضها هذا انه تبادل منفعة مطلق المحطر والفرر وأنه اتفاق ملغى به حرمان ورتة كل منهما من حقوقه الفرعية فى الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه . وبعبه هذا التصرف ان يكون من قبيل ولاء الموالاة ، ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتألفين ورتة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبة المحرمة شرعاً » .

(٢) قضى مدنى ٨ نوفمبر ١٩٥١ مجموعة أحكام التقضى ٣ - ٢٦ - ٥

٧٧ - تعيين الأشياء القيمة - الأشياء القيمة أو الأعيان المعينة بذاتها *choses non-fongibles ou corps certains* هي التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء كالعقارات بوجه عام والمحفوظات الأصلية وكل شيء ينظر فيه إلى وصف ذاتي يميزه عن غيره كحصان معين بالذات وسيارة معينة بعلامة مصنعا ورقم صنعها .

ولا بد من تعيين هذه الأشياء في عقد البيع بصفاتها المميزة تعييناً كافياً يحول دون الخلط بينها وبين غيرها ، فتعين الأرض المبيعة مثلاً بذكر الناحية والمحوض ورقم القطعة أو بيان حدودها ، فيفنى ذكر رقها عن بيان حدودها^(١) والعكس أيضاً صحيح وإن كانت مصلحة الشهر العقاري تشترط في صلاحية العقد للتسجيل أن تذكر فيه جميع البيانات من أرقام وحدود .

٧٨ - تعيين الأشياء المنقولة - والأشياء المنقولة *choses fongibles ou choses de genre* هي التي يوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء (المادة ٨٥) ، كالذهب والفضة والقمح والشعير والاقلام والكراسات التي من نوع واحد والكتب المطبوعة من طبعة واحدة . ويجب أن تعين في عقد البيع بذكر نوعها وبيان مقدارها بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس ، كلمة أردب من القمح الهندي وعشرة دراهم من الفضة ومائة قنطار من القطن . وقد يذكر المقدار بوجه التقريب ، فيسمح ذلك بشيء من التجاوز زيادة أو نقصاً ، على أن لا يبلغ هذا التجاوز حداً كبيراً كثلثين في المائة مثلاً^(٢) .

(١) استئناف مصر ٢٨ فبراير ١٩٢٢ المحللة ٢ - ٣٨٦ - ١٢٢٢ .

(٢) استئناف مغلط ٢٤ إبريل ١٩٣٥ المحللة ١٦ - ٩٨٧ - ١٥٧ .

ويكفى أن تعين هذه الأشياء بنوعها فقط اذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقدارها كبيع عدد من الكتب بقدر عدد طلبة فرقة معينة ، فإن عدد الكتب المبعة اذا لم يكن معينا فهو على الأقل قابل للتعيين عند ضبط عدد الطلبة في تلك الفرقة .

واذا كانت الأشياء المثلية تتفاوت فيما بينها من حيث الجودة ، وجب أن تعين درجة جودة المبيع . غير أنه لا يشترط أن يعين الطرفان هذه الدرجة صراحة ، ويمكن استنباطها من ظروف التعاقد أو بالرجوع الى العرف ، والا فيفرض أنهما قصدا أن يكون المبيع من درجة متوسطة (المادة ١٣٣ فقرة ثانية) .

ويحدث كثيراً أن تعين درجة جودة المبيع بنموذج أو « عينة » يتفق عليها الطرفان وتسلم عند التعاقد الى أحدهما أو الى شخص عدل ، فتحدد بهذه العينة درجة الجودة ويلزم تسليم المبيع من صنف مطابق للعينة ، والا كان البائع غفلاً بالتزامه^(١) . ويجدر بالمعاقدين في هذه الحالة تمييز العينة بعلامة خاصة تعين ذاتيتها منعاً للمجادلة فيها . فإذا لم يفعلا ، وقع على عاتق من يتمسك بعينة أن يثبت أنها هي التي تم الاتفاق عليها وإذا فقدت العينة أو هلكت دون خطأ من أحد ، فإن كانت قد أودعت لدى المشتري وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة ، كان عليه هو أن يثبت صحة ادعائه .

(١) انظر حكماً قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٤٢
المجودة ٤٣-٤٠٥-٣٢٤ جاء فيه أن البيع على العينة كالبيع على التجربة مفروض فيه دائماً
أنه بيع سلق على شرط وهو مطابقة البضاعة المبعة للعينة المتفق عليها . ومتى كان الأمر كذلك
فإن التسليم لا يمكن أن يتم قانوناً الا بعد أن يحقق المشتري من مطابقة البضاعة المصدرة
للعينة ومن ثم يجب اعتبار التسليم واقعاً في محل إقامة المشتري .

ويلاحظ على عبارة هذا الحكم أنه من الخطأ القول بأن البيع بالعينة سلق على شرط
كالبيع بالتجربة ، لأن البيع بالعينة بيع بات ، إذ الفرض من تحديد العينة هو تعيين درجة
المبيع من الجودة ليلتزم البائع بتسليم القدر المبيع من هذه الدرجة ، فطابقة القدر واجب التسليم
للعينة هي شرط لصحة التسليم لا تحقق آثار البيع .

وان كانت قد أودعت لدى البائع وادعى المشتري عدم مطابقة المبيع للعبئة ، كان على البائع أن يثبت مطابقتها^(١) .

وبلاحظ أن الأشياء المثلية اذا عينت بظروف من الزمان أو المكان ، قام ذلك مقام تعيين مقدارها ، بل كان من شأنه أن يجعلها في حكم المعينة بالذات كما في بيع الثمار الموجودة في سلة معينة أو القطن الذي سينتج من أرض محدودة في موسم معين وهذا هو البيع الجزاف *Vente en bloc* ، ويستوى في ذلك أن يكون الثمن محددًا لهاجلة أو محددًا بسعر الوحدة . ويتميز البيع الجزاف عن بيع المثليات بالوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس بأنه ينقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدین دون توقف على تعيين المبيع من طريق الوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس وبأنه في حالة هلاك المبيع بعد اعداد المشتري لتسليمه يكون الهلاك على المشتري اذا كان البيع جزافاً ، وعلى البائع ان كان بالوزن أو الكيل أو العدد أو المقاس^(٢) .

المطلب الثالث

أن يكون المبيع مما يجوز التعامل فيه

٧٩ - نصيم الأشياء من حيث جواز التعامل فيها أو حرمة - تنص المادة ٨١ مدى على أن كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية .
وبيين من هذا النص أن الأشياء نوعان : أشياء خارجة عن التعامل ، وأخرى ليست خارجة عنه .

(١) انظر السهوري في الوسيط ج٤ ص ٢٣٩ نبذة ١٢٧ ، البدواي ص ١٦٢ نبذة

١٠٠ ، ليب شلب ص ٢٥ .

(٢) انظر السهوري في الوسيط ج٤ نبذة ١٢٠ و ١٢١ .

وقد اعتبر المشرع أن الأصل في الأشياء جواز التعامل فيها والاستثناء عدم جوازه ، واكتفى بتعريف الأشياء الخارجة عن التعامل في المادة ٨١ فقرة ثانية واعتبر ما عداها جائزاً التعامل فيه .

والأشياء التي تخرج عن التعامل نوتان : أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها وهي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون وهي التي لا يحيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المأبأة (المادة ٨١ فقرة ٢) .

٨٠ - الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها أي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، هي الأشياء المشتركة *res communes* أي التي يشترك في الانتفاع بها جميع الناس بحيث لا يحول انتفاع أحدهم بها دون أن ينفع بها غيره كالهواء والماء الجاري وأشعة الشمس .

غير أنه يلاحظ أنه إذا كانت هذه الأشياء لا يمكن الاستئثار بها في مجموعها فإنه من الممكن الاستيلاء على مقادير محدودة منها للانتفاع بها في أغراض صناعية أو غيرها كالهواء المضغوط وحقن ماء البحر والماء الذي تسولى عليه البلديات وشركات المياه وتنقيه وتوزعه للشرب، فتصبح هذه المقادير مملوكة لمن استولى عليها وتصبح بهذا الوصف أموالاً يجوز التعامل فيها .

وتختلف الأشياء المشتركة عن الأشياء المباحة في أن الأولى يمكن الانتفاع بها دون الاستئثار بها أو تملكها . أما الثانية فلا يمكن الانتفاع بها دون تملكها ولكنها لم يملكها أحد بعد ، كالطير في الهواء والسماك في البحر والأشياء القديمة التي تخلى عنها أصحابها .

٨١ - الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون - والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي أولاً الأشياء التي ورد بشأنها نص خاص

يمنع التعامل فيها كالأموال العامة والأعيان الموقوفة والتركات المستقبلية والحيوانات المربوة والحشيش والأفيون والجواهر السامة . ولا يؤثر في هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل في هذه الأشياء كييع الحشيش والأفيون والجواهر السامة لأغراض طبية .

ويخرج عن التعامل بحكم القانون أيضا الأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام أو الآداب ولو لم ينص القانون على اعتبارها خارجة عن التعامل ، لأن المادة ١٣٥ من التقنين المدني قد نصت على أنه إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا . ومقتضى بطلان العقد لهذا السبب اعتبار المعقود عليه خارجا عن التعامل ، ومن هذا القبيل أعضاء الانسان ويوت القهار . . . الخ . فان القانون يعتبر هذه الأشياء خارجة عن التعامل ولو لم يوجد نص خاص يقضى بذلك .

٨٢ - يراه مالم يجوز بيع - تقدم أن محل البيع لا بد أن يكون حقا ماليا سواء كان حقا عينيا أو شخصيا^(١) أو أدبيا . فلا يجوز بيع الحقوق غير المالية ، ولا الأشياء التي لا تصلح محلا للحقوق المالية ، بل أن بعض الحقوق المالية نص المشرع على عدم جواز بيعها .

٨٣ - (١) الحقوق غير المالية - لا يجوز بيع الحقوق غير المالية لأنها ليست أموالا وبالتالي لا يصح التعامل فيها .

(١) وقد نظم القانون بيع الحقوق الشخصية تحت عنوان حوالة الحق في المواد من ٣٠٣ الى ٣١٤ الواردة في الباب الرابع من الكتاب الأول الخاص بالالتزامات بوجه عام . ولكن هذه النصوص لا تمنع من تطبيق أحكام عقد البيع على حوالة الحق فيما لا يتعارض معها . وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر في ٣١ مارس ١٩٣٩ حيث قررت أن لبائع الحق الشخصي أو المهيول حق حبس المبيع إذا لم يكن قد سلمه ، وليس له أن يترده لحبه إذا كان قد سلمه (المجموعة ٣٠ - ولم ١٢٧) .

واذن فلا يجوز بيع الحقوق السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح في الانتخابات وحق حمل الرتب والنياشين ، وحق تولى الوظائف العامة ، ولا الحقوق العامة كحق الحرية الشخصية وحرية الرأي وحرية العمل وحق الانسان في اسمه ، ولا حقوق الأسرة كالولاية وحق النسب والسلطة الزوجية .

وهذه الحقوق لا يجوز بيعها ولا التعامل فيها بأى عقد من العقود التى تشبه البيع في نتائجها ، فكما لا يجوز مثلاً بيع الوظيفة أو الرتبة أو النيشان لا يجوز أيضاً الاتفاق على أن يسعى أحد العاقدين لحصول العاقد الآخر على وظيفة أو رتبة أو نيشان في مقابل مبلغ من المال ، ولا الاتفاق مع موظف على أن يستقيل من وظيفته في مقابل جمل معين تمهيداً لشغلها بآخر.

٨٤ - (ب) الأشياء الخارجة عن التعامل - تقدم أن الأشياء الخارجة عن التعامل ، سواء أكان خروجها عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون ، لا يجوز أن تكون محلاً للحقوق المالية ، فهي اذن بالتالى لا يجوز بيعها .

٨٥ - (ج) بعض الحقوق المالية - ولا يكتفى أن يكون الشيء غير خارج عن التعامل وأن يترتب عليه حق مالى معين حتى يجوز بيعه ، اذ أن القانون قد اعتبر بعض الحقوق المالية متصلة بشخص الانسان بحيث لا يجوز انفصالها عنه وبالتالى لا يجوز بيعها .

من ذلك حق الاستعمال وحق السكنى اذ نص القانون المدنى في المادة ٧٩٩ منه على عدم جواز التزول عنهما للغير الا بناء على شرط صحيح أو مبرر قوى .

وكذلك النفقات والمرتبات والمعاشات اذ هى حقوق مالية اعتبرها

المشرع لازمة ليعيش منها أصحابها ، ففضى بعدم جواز النزول عنها الى الغير وبالتالي لا يجوز بيعها .

وهناك حقوق تؤول الى أصحابها مقترنة بشرط منعهم من التصرف فيها اطلاقاً أو منهم على الأقل من بيعها . وقد نص القانون في المادة ٨٢٣ منه على الشروط الواجب توافرها لصحة هذا المنع ، وهي أن يقصد بالمنع من التصرف تحقيق مصلحة مشروعة وأن يقصر على مدة معقولة .

ومنى كان المنع صحيحاً لم يجوز بيع هذه الحقوق . ومن هذا القبيل ، عدا حقوق الملكية التي توجب أو يوصى بها بشرط المنع من التصرف ، تذاكر الاشتراك في وسائل المواصلات وتذاكر الاياب في السكك الحديدية وعينات الأدوية التي توزع على الأطباء مجاناً والتذاكر المجانية أو المخفضة التي تخول الدخول في المسارح والأندية متى كانت ممنوحة لأشخاص معينين بصفتهم الشخصية .

٨٦ — حكم بيع المتاجر وأرباب المهن الحرة منهم بمجملهم —

ينص القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهونها في المادة الأولى منه على أنه : يجب أن يحدد في عقد البيع ثمن مقومات المحل التجاري غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة . وقد بينت المذكرة الايضاحية لهذا القانون أن مقومات المحل التجاري غير المادية هي العنوان والاسم التجاري والحق في الاجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والرخص وبراءات الاختراع... الخ . ويؤخذ من ذلك أن صلة المحل التجاري بعلامته يرد عليها البيع . ولكن يلاحظ أنه لا يرد عليها الا تبعا للمحل التجاري باعتبارها من مقوماته غير المادية ولا يجوز بيعها مستقلة .

ويمكن القول قياساً على ذلك ان أرباب المهن الحرة كالأطباء والمحامين والمهندسين يجوز لهم اذا باعوا عيالتهم أو مكاتبهم أن يدخلوا في البيع

صلتهم بعملائهم^(١). غير أن القضاء الفرنسي قد تردد في الأخذ بذلك ، فذهب أول الأمر الى وجوب التفرقة بين المتاجر وأرباب المهن الحرة ، لأن عملاء الأخيرين انما يختارونهم بناء على ثقة في أشخاصهم فلا يجوز تحويل هذه الثقة الى أشخاص آخرين . ولكن لوحظ على ذلك أن عملاء المتاجر أيضا يضعون ثقتهم في أصحاب هذه المتاجر فلا يجوز للتجار النزول عن هذه الثقة الى غيرهم واذن لا يكون ثمة عمل للتفرقة بين عملاء المتاجر وعملاء أرباب المهن الحرة ، وبناء على ذلك عدل القضاء عن هذه التفرقة واعتبر بيع الطبيب عيادته شاملا صلته بعملائه وملزما اياه بالامتناع عن أى عمل من شأنه تحويل علامته عن تلك العيادة .

والواقع انه لا يمكن القول بأن التاجر أو الطبيب أو المحامى اذا باع متجره أو عيادته أو مكتبه يبيع معها عملاءه لأن العملاء ليسوا محل حق ملكية له أو لغيره، ولا يستطيع أن يلزمهم بالتعامل مع غيره . وغاية الأمر أن وجود عملاء كثيرين للتاجر أو الطبيب أو المحامى يعتبر من المزايا التى تزيد فى قيمة المتجر أو العيادة أو المكتب ، فإذا باع التاجر متجره أو الطبيب عيادته ضمن المشتري انتفاعه بجميع مزايا المتجر أو العيادة وامتنع عليه أن يقوم بأى عمل من شأنه أن ينقص انتفاعه بهذه المزايا ، فلا يجوز له أن يفتح متجراً آخر أو عيادة أخرى اذا كان من شأن ذلك أن يحفظ له صلته بعملائه السابقين وأن يحولهم عن متجره الأول أو عيادته السابقة، لأن ذلك يعتبر تعرضاً منه للمشتري فى انتفاعه بالمبيع ، ولأنه باعتباره دائماً يكون ملتزماً بضمان التعرض ، ومن كان عليه الضمان لا يجوز له التعرض .

فالقصة بالعملاء تدخل فى البيع لا باعتبارها حقاً قائماً بذاته، بل باعتبارها

(١) أنظر ديور L. Dubourg فى رسالته La cession de clientèle
Bardul, Jacques, Les médecins dans leurs rapports médicaux
juridiques avec les cliniques, thèse, Paris 1960 .

مزية من موايا المبيع يضمنها البائع فلا يجوز له القيام بأى عمل من شأنه أن يهت هذه المزية على المشتري .

وقد قضت محكمة النقض بأن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشتري فى انتفاعه بالمتجر وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع ، مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صورته ، ومنها حظر التعامل مع العملاء ، لا يكون باطلا الا اذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون فى هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام . أما اذا كان الشرط عددا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا ، وهو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، فإنه يكون صحيحا^(١) .

المطلب الرابع

ملكية المبيع للبائع

٨٧ - النص على هذا الشرط حكمته - نصت المادة ٤٦٦ فقرة أولى على أنه « اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع ... » ، ويبين منها أنه لا بد فى بيع الشيء المعين بالذات أن يكون المبيع ملكا للبائع وقت العقد . وظاهر أن هذا الشرط اقتضته طبيعة البيع من حيث أنه عقد ناقل للملك بذاته . فقد تقدم أن القانون المصرى ، شأنه فى ذلك شأن أغلب الشرائع الحديثة ، قد جعل الالتزام بنقل حق عيى يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، أى أ العقد الذى ينشئ التزاما بنقل حق عيى يترتب عليه بمجرد انعقاده انتقال هذا الحق ، ثم طبق ذلك على عقد البيع ، فجعله ينقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري بمجرد انعقاده دون حاجة الى أى اجراء آخر .

(١) على مدنى ٧ يونيو ١٩٦٢ مجموعة أحكام النص ١٣ - ٧٦٤ - ١١٤ ، وفى هذا المنى أيضا نفس مدنى ٨ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النص ٧ - ٢٩١ - ٤٢ .

فإذا كان البائع غير مالك المبيع وقت عقد البيع ، استحال انتقال الملكية منه إلى المشتري بمجرد العقد ، ولم يتيسر للبيع أن ينتج أم أثر من آثاره وهو نقل الملكية . ولذلك قضى المشرع ببطان البيع في هذه الحالة (١) .

وسنعود فيما بعد إلى دراسة هذا البطان وبيان أحكامه دراسة مفصلة عند عرض الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير .

٨٨ - الأموال التي تخرط فيها ملكية طبيع للبائع - اشترط النص ملكية المبيع للبائع في حالة بيع أشياء المعين بالذات ، والمقصود بذلك - كما تقدم - حالة بيع حق الملكية المترتب على شيء معين بالذات أو بيع أي حق عيني آخر وارد على شيء معين بالذات . وظاهر أنه في هذه الحالة الأخيرة ليس المقصود أن يكون الشيء مملوكاً للبائع بل يكفي أن يكون الحق العيني المترتب على الشيء ثابتاً للبائع على شيء مملوك لغيره (٢) .

ويستوى في ذلك أن يكون المبيع عقاراً أو منقولاً ، لأنه إذا كانت الملكية في بيع العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإن تأخير انتقالها فيه ليس راجعاً إلى طبيعة الأشياء كما في بيع المثليات ، ولا إلى قصد العاقدين كما في حالة تعليق انتقال الملكية على شرط أو أجل ، بل إلى نص القانون . ولا يمنع ذلك من اعتبار العقد بحسب قصد العاقدين منه ناقلاً للملك بذاته ، وغاية الأمر أن انتقال الملكية يتراخى فيه إلى وقت التسجيل نزولاً على إرادة المشرع . ومتى اعتبر العقد ناقلاً للملك بذاته ، اشترط فيه أن يكون البائع مالكا المبيع وقت البيع . وقد قررت المادة ٤٦٦ ذاتها المساواة في حكمها بين بيع العقار وبيع المنقول حيث نصت في نهاية الفقرة الأولى منها على أن يكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار . سجل العقد أو لم يسجل .

(١) راجع ماسيجي . في القسم الثاني من هذا الكتاب عن بيع ملك الغير .

(٢) في هذا المعنى ليب شلب نبذة ٤٩ ص ٧٥

ومع أن المقصود بالشيء المعين بالذات في هذا النص هو الحقوق العينية دون غيرها من الحقوق المالية لأنها هي وحدها الحقوق التي لا ترد الأعلى أشياء معينة بالذات ، فإنه من المسلم أن النص ينطبق أيضاً على بيع الحقوق الشخصية والحقوق الذهنية كالملكية الأدبية والفنية والصناعية وأنه يشترط في هذا البيع أيضاً أن يكون الحق المبيع داخلاً في ذمة البائع ، وذلك لأن علة اشتراط هذا الشرط في بيع الحقوق العينية متوافرة أيضاً في بيع الحقوق المالية الأخرى ، وهي أن البيع ناقل للملك أو للحق المبيع بمجرد توافق الإرادتين ، فمتعين أن يكون الحق المبيع ثابتاً للبائع حتى يمكن انتقاله منه إلى المشتري فور العقد .

٨٩ - المؤموال التي لا يشترط فيها أنه يكون المبيع مملوكاً للبائع - لا يشترط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع في الأحوال التي لا يشملها نص المادة ٤٦٦ أو لا تتوافر فيها الحكمة التي من أجلها وضع هذا النص .

وقد تقدم أن النص اقتصر على ذكر بيع الأشياء المعينة بالذات وبذلك خرج منه بيع الأشياء المثلية^(١) . فلا يشترط إذن فيمن يبيع قمحاً أو قطناً أن يكون وقت البيع مالكا مقدار القمح أو القطن الذي يبيعه ، بل ينبغي العقد ويقع صحيحاً ولو لم يكن البائع يملك شيئاً من القمح أو القطن . وعلة ذلك واضحة ، فإن اشتراط ملكية البائع للبيع في بيع الأشياء المعينة بالذات اقتضته طبيعة هذا النوع من البيع من حيث هو ناقل للملك بذاته . أما بيع المثليات ، فلأنه ينشئ التزاماً بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، لا ينتقل فيه هذا الحق إلا بفرز هذا الشيء طبقاً للمادة ٢٠٥ فقرة أولى ، وهو إذن ليس بيعاً ناقلاً للملك بذاته ، فلا تتوافر فيه حكمة اشتراط ملكية

(١) السهروري في الوسيط ج ٤ نبذة ١٥٤ من ٢٧٢ ، البدواوي ص ٥٧٥ .

البائع للبيع وقت العقد ، ولا يرد عليه حكم الإعلان إذا كان البائع لا يملك وقت البيع شيئاً من المبيع ، إذ أن تعهده بنقل حق عيني على مقدار معين من صنف المبيع يتضمن تعهده بالقيام بما يلزم لنقل ملكية هذا المقدار ، أى بفرزه من بقية الصنف إذا كان يملك شيئاً من هذا الصنف أو بشرائه عن يملك مثله .

على أنه حتى إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، فإنه لا يشترط فيه أن يكون مملوكاً للبائع إذا قصد العاقدان ألا يترتب على البيع انتقال الملكية فور انعقاده بل مجرد نشوء التزام بنقل الملكية ، إذ أن هذا الالتزام يوجب على البائع إذا لم يكن مالكا المبيع أن يحصل على ملكيته وأن ينقلها إلى المشتري ، أى أن البيع في هذه الحالة - كما في الحالة السابقة - لا يكون ناقلاً للملك بذاته ، وأذن تنعدم فيه حكمة اشتراط ملكية البائع للبيع وقت العقد ، ويقع البيع صحيحاً ولو لم يكن البائع مالكا المبيع في ذلك الوقت . ومثل ذلك بيع الأموال المستقبلية سواء كانت معينة بالذات أو معينة بالنوع لأن هذا البيع ليس من نقل الملكية الا عند تحقق وجود المبيع وفرزه أن لم يكن معيناً بالذات^(١) وكذلك بيع الأموال الحاضرة التي يشترط فيها البائع تأجيل نقل الملكية إلى أجل معين^(٢) أو تعليقها على تحقق شرط متفق عليه^(٣) ، ومن باب أولى لا يشترط في الوعد بالبيع أن يكون الواعد مالكا المال الموعود ببيعه^(٤) .

٩٠ - ضرورة التمييز فيما يتعلق بهذا الشرط بين نوعين من البيوع -

يبين مما تقدم أن البيع نوعان : (١) نوع يقصد به أن ينقل الملكية بذاته ، ويشترط فيه أن يكون البائع مالكا المبيع وقت العقد حتى يمكن أن

(١) السنهوري في الوسيط ج٤ نبذة ١٥٤ ص ٧٧٧ .

(٢) محض مدني فرلسي ٣١ أكتوبر ١٩٢٨ فالوز الأسبوعي ١٩٢٨ ص ٥٩١ .

(٣) محض مدني فرنسي ٢٠ يولي ١٩٢٥ فالوز الأسبوعي ١٩٢٥ ص ٦٤٩ .

(٤) محض فرنسي مراض ١٧ يونيو ١٩٣٨ سيري ١٩٣٨ - ١ - ٣٨٦ .

تنقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدین ، (٧) ونوع لا يقصد به انتقال الملكية بمجرد الاتفاق ، وهذا لا يشترط فيه أن يكون البائع مالكا المبيع وقت العقد مادام في الامكان أن يكسب هذه الملكية فيما بعد وأن ينفذ التزامه بنقلها الى المشتري .

والنوع الثاني لانزاع في أنه يقع صحيحا وينتج جميع آثاره ، بما في ذلك نشوء الالتزام بنقل الملكية ، ولو لم يكن البائع مالكا المبيع .

أما النوع الأول ، فلأنه لا يمكن في حالة عدم ملكية البائع المبيع وقت العقد أن ينتج أهم أثر من آثاره وهو انتقال الملكية بمجرد العقد ، فقد ثار الجدل حول صحته أو عدمها ، ولأنه كثير الوقوع في العمل اضطرت أكثر الشرائع الى أن تضع له أحكاماً خاصة .

فكثيراً ما يحدث في العمل أن يبيع الزوج مال زوجته أو الابن مال أبيه أو الأب مال ولده لا بصفته ولياً عليه بل بصفته الشخصية ، وكثيراً ما يبيع الوارث مال التركة المستغرقة بالدين أو يبيع أحد الورثة أو أحد الشركاء في الشبوح حصة مفرزة في كل هذه الأحوال يكون البيع وارداً على مال غير مملوك للبائع وقت العقد . فإذا كان قد قصد به أن ينقل الملك بذاته الى المشتري فور التعاقد كان تحقق هذا القصد متعذراً واقتضى الأمر تعيين أثره في صحة البيع أو عدمها وما يترتب على ذلك من نتائج . وقد نصت المادة ٤٦٦ مدني وما بعدها على أن هذا العقد ينتج جميع آثاره من وقت إبرامه — فيما عدا نقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري — ولكنه يكون قابلاً للإبطال بناء على طلب المشتري . وسيجيء تفصيل هذه الأحكام في القسم الثاني من هذا الكتاب .

المبحث الثاني

الثن

٩١ - تعريف الثمن وشروطه - عرفت المادة ١٨٨ البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي . ويبين من هذا التعريف أن الثمن مبلغ من النقود يلتزم المشتري بدفعه إلى البائع في مقابل نقل ملكية المبيع إليه . فالثن إذن ركن في عقد البيع لا ينعقد العقد بدونه ، ويجب أن يكون نقدياً .

وقد تقدم فيما يتعلق بركن الرضا أنه يجب أن يكون الطرفان متفقين على طبيعة العقد وعلى المبيع والثمن .

والاتفاق على الثمن يقتضى بطبيعة الحال تعيينه أو على الأقل بيان الأسس التي تؤدي إلى تعيينه على وجه لا يثير النزاع في مقداره مستقبلاً . فلا بد إذن أن يكون الثمن معيناً في العقد أو على الأقل قابلاً للتعيين فيما بعد .

ولا يكفي أن يكون الثمن معيناً بالنقد أو قابلاً للتعيين إذا كان ذكره في العقد لم يقصد به إلا إلى إظهار البيع بمظهر العقد الذي تتوافر فيه جميع أركانه ، في حين أن قصد العاقدین الحقيقي قد اتجه إلى نقل الملكية دون ثمن ، إذ يكون الممول عليه في هذه الحال هذا القصد الحقيقي دون القصد الظاهر . فيجب أن يكون الثمن المعين في العقد ثمناً حقيقياً .

وعلى ذلك يشترط في الثمن أن يكون (١) نقدياً ، (٢) ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، (٣) وحقيقياً .

٩٢ - الشرط الأول : أنه يكون الثمن مبلغاً من النقود -
يشترط في الثمن أن يكون نقدياً^(١) . فإذا اتفق العاقدان على نقل ملكية
مال معين من أحدهما الى الآخر في مقابل أى عوض غير النقود ، فالمقد
لا يكون بيعاً ، بل مقايضة أو أى عقد آخر غير البيع^(٢) .

فتلا إذا التزم أحد العاقدين بأن ينقل الى الآخر ملكية دار معينة في
مقابل التزام الثانى أن ينقل اليه ملكية عشرة أفدنة محددة ، كان عقدهما
مقايضة لا بيعاً . وإذا كان التزام الأول نقل ملكية داره في مقابل التزام
الثانى بابواء الاول وتزويده بما يلزمه مدة حياته من طعام وكساء وعلاج ،
فان العقد لا يكون يعابلاً عقداً غير مسمى لأن المقابل ليس ممناً نقدياً بل
تمهداً بعمل^(٣) . وكذلك اذا نقل شخص ملكية داره الى آخر في مقابل خدمات
سبق أن أذاها له المتصرف اليه ، واذا التزم شخص باعطاء سيارته الى آخر
في مقابل دين عليه لذلك الآخر ، فان الاتفاق لا يكون بيعاً بل وفاء بمقابل .
ولكن لأنه وفاء يشبه البيع في بعض نواحيه ، نصت المادة ٣٥١ على أن
تسرى عليه أحكام البيع وبخاصة ما تعلق منها بأهلية العاقدين وضمان
الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، كما تسرى عليه من حيث انه يقضى
الدين أحكام الوفاء وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء
التأمينات .

ويستوى متى كان الثمن نقدياً أن يكون معجلاً أو مؤجلاً ، وأن يكون
مبلغاً يدفع دفعة واحدة أو مبلغاً متجماً يدفع أقساطاً ، وأن يدفعه المشتري

(١) ويلاحظ أنه لا يجوز اشتراط دفع الثمن بالذهب أو بما يعادل الذهب ويقع هذا العرط
باطلاً (انظر في ذلك كتابنا في شرح القانون المدنى ج ٢ في الالتزامات سنة ١٩٦٤ نبذة
٨٢٩ وما بعدها) .

(٢) استثناف مصر ٣٠ مايو ١٩٣٩ الهامة ٢٠ - ٢٣٢ - ٨٥

(٣) السنهورى في الوسيط ج ٤ ص ٣٦٧ ، كامل مرسى نبذة ٩٥ ، لبيب شلب نبذة
٢٣ ، جيل المرطوى ص ١١٧ .

الذى يتلقى ملكية المبيع أو أن يدفعه غير المشتري لحساب المشتري كالأب إذا اشترى بتقوده مالا على ذمة ولله .
غير أن تكيف العقد بأنه بيع أو غيره يلقى في صور معينة نكتفى بأن نعرض بعضها فيما يلي :

٩٣ — الاتفاق على أنه يكون مقابل البيع مبلغا من النقود وماله أمر — إذا اتفق الماقدان على أن يبيع أحدهما مائة فدان محددة في مقابل دار معينة ومبلغ محدد من النقود ، أيعتبر هذا العقد بيعاً أم مقايضة ؟
لو كان تفرق المبيع يمكننا بحيث يتيسر تحديد ما يقابل النقود منه وما يقابل المال الآخر ، جاز القول بأن الاتفاق يتضمن عقدين : عقد بيع في الأول وعقد مقايضة في الثاني . أما والمفروض عدم إمكان تفرقة الصفقة ، فيتعين تغليب أحد التكيفين على الآخر .
وقد اختلف الشراح في ذلك ، فأخذ بعضهم بمعيار شخصي وأخذ البعض الآخر بمعيار موضوعي .

فقال الأولون بوجوب التحويل على نية الطرفين والاستهداء عليها بظروف التعاقد بحيث إذا ثبت أن نيتهم اتجهت إلى المقايضة أو إلى البيع تعين تكيف العقد وفقا لذلك ، واعتبروا من الظروف التي يمكن الاستهداء بها على نية الطرفين النسبة بين العنصرين اللذين يتكون منهما المقابل وهما مقدار النقود وقيمة المال الآخر .

وقال الآخرون بوجوب التحويل في ذلك على نسبة النقود إلى قيمة ذلك المال الآخر ، فإذا زادت هذه القيمة عن مقدار النقود كان العقد مقايضة ، والا فهو بيع (١) .

وقد أثر واضعو التقنين المدني الحالي هذا الرأي الأخير واعتبروا أن

(١) في هذا المعنى تنص مدني ٣٠ مايو ١٩٣٥ بمجموعة القواعد القانونية ١ — ٨١٤ —
٢٣٧ ، السهوي ج ٤ ص ٣٦٥ ، جيل المرقاوي ص ١١٦ .

الأصل في مثل هذا الاتفاق أن يعتبر مقايضة بمعدل ، الا اذا كان المعدل هو
العنصر الغالب وحينئذ تنقلب المقايضة بيعاً (انظر المادة ٤٨٣ وما ورد
بشأنها في المذكرة الايضاحية من أن النص يميز أن يكون في المقايضة معدل
من النقود كمعدل القسمة . على أنه يجب أن لا يكون هذا المعدل هو العنصر
الغالب ، والا انقلبت المقايضة بيعاً) .

٩٤ - الاتفاق على أنه يكون مقابل المبيع سبائك ذهبية أو أوراق مائنة
— أن من الأموال ما يمكن تحويله بسهولة الى نقود كالسبائك الذهبية
والأوراق المالية ، فإذا اتفق العاقدان على أن يكون مقابل المبيع شيئاً من ذلك
أعتبر العقد بيعاً أم مقايضة ؟

ذهب بعض الشراح الى أن العقد يعتبر في هذه الحالة بيعاً ، وبخاصة اذا
كان المقابل فيه ليس مقصوداً لذاته بل للنقود التي يمكن الحصول عليها من
طريقه ، كما اذا بتك سيارتي بخمس سندات من سندات قرض الانتاج أو
برطل من الذهب الخالص .

ولكن كثرة الشراح تنكر هذا الرأي وتعتبره مخالفاً لروح التشريع ،
لأن العبرة بما تنتقل ملكيته الى البائع بموجب عقد البيع ذاته . فان كان نقوداً
كان العقد بيعاً ، وان كان مالا آخر فهو مقايضة مهما سهل تحويل هذا المال
الآخر الى نقود (١) .

٩٥ - اتفاق على أنه يكون مقابل المبيع ايراداً مرتباً — اذا اتفق العاقدان
على أن يكون مقابل المبيع ايراداً مرتباً دائماً أو مدى الحياة أعتبر العقد بيعاً
أم عقداً آخر ؟

(١) السهوري ج ٤ نية ٢٠٤ ص ٣٦٤ ، كامل مرسي نية ٩٦ ، منصور نية ١٥ ،
جيل العرفاوى ص ١١٦ .

يلاحظ أولاً وجود فرق كبير بين الثمن للنجم وبين الايراد المرتب ، فان الثمن للنجم وكل قسط من أقساطه يكون محددًا ، ويستنزل من أصل الثمن كل قسط يتم الوفاء به ، وينتقل الحق في الأقساط الباقية الى ورثة البائع بعد وفاته . أما الايراد المرتب ، فلا يمين مقدار ما يلزم به المتعهد في جملته ولا يحدد منه الا القسط واجب الاداء في كل فترة ، وتتجدد أقساطه بتجدد الفترات ، وينقضي اذا كان مرتباً مدى الحياة بوفاء صاحب الحق فيه فلا ينتقل من بعده الى ورثته .

وبين من ذلك أن مقابل البيع في حالة الايراد المرتب ليس هو الأقساط التي تدفع في مواعيدها ، بل الحق في الايراد ذاته وهو لا يتأثر بما يدفع من أقساط . واذن يكون العقد مبادلة حق ملكية بحق في ايراد ، وبالتالي لا يكون بيعاً بل مقايضة (١) .

غير أن الفقه والقضاء قد تجاوزا عن هذا التحليل القانوني الدقيق وأجما على اعتبار هذا العقد بيعاً لا مقايضة (٢) .

٩٦ - الشرط الثاني : أنه يكونه التمسع معينا أو قابضاً للتمسعين - ويجب أن يتفق الطرفان في عقد البيع على الثمن ، أى أن يعينه تعييناً كافياً لا يدع مجالاً للنزاع في مقداره مستقبلاً (٣) ، والا خلا العقد من أحد أركانه الجوهرية وامتنع انعقاده بسبب ذلك .

والغالب أن يمين الثمن صراحة في عقد البيع بمبلغ محدد من النقود .

(١) في هذا المعنى يبدان ج ١١ ط ٢ نبة ١١٣ ص ٨٣ .

(٢) أنظر السهوري ج ٤ ص ٣٦٦ ، أنور سلطان نبة ١٣٥ ، جيل الشرفاوي ص ١١٧ ، منصور نبة ١٥ .

(٣) السهوري ج ٤ ص ٣٧١ نبة ٢٠٩ ، إيب شنب نبة ٢٤ ص ٤٥ .

ولكن قد يكون تعيين الثمن تعييناً ضمنياً . وقد يكتفى في تعيينه ببيان الأساس التي يقوم عليها حسابه .

والأصل أن للعاقدين حرية مطلقة في تحديد الثمن ، غير أن المشرع يفرض أحياناً على هذه الحرية قيوداً تقتضيها المصلحة العامة .

٩٧ - يراه الأوسس التي يقوم عليها حساب الثمن - نصت المادة ٢٣٣

فقرة أولى على أنه : يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأساس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد ، ، وهذا النص يفيد أنه لا يشترط أن يكون الثمن معيناً في العقد وأنه يكتفى أن يبين العقد الأساس التي تجعل الثمن قابلاً للتعيين فيما بعد . فيجوز الاتفاق على أن يحسب الثمن بإضافة ربح معين إلى الثمن الذي اشترى به البائع أو إلى ثمن « التكلفة » *prix de revient* أو أن يحسب الثمن على أساس متوسط الأثمان التي باع بها البائع في يوم أو في أسبوع معين (١) أو على أساس التسمية الرسمية في تاريخ البيع أو في تاريخ التسليم ، أو على أساس سعر السوق في تاريخ معين .

ويشترط في كل ذلك أن تكون الأساس الميعة بحيث تسمح بتعيين الثمن على وجه لا يثير خلافاً أو منازعة ، والا اعتبرت غير كافية لجعل الثمن قابلاً للتعيين .

فإذا اتفق العاقدان على أن ينقل البائع ملكية المبيع إلى المشتري في مقابل قيمته أو في مقابل ثمنه العادل ، فإن ذلك لا يكتفى لاعتبار الثمن قابلاً

(١) ومن تم تعيين الثمن وانقده به النقد ، فلا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بتعديل الثمن . وقد حكم بأنه إذا اشترطت الحكومة في عقد بيع عقارات عدم تغيير استعمال هذه العقارات دون إذن منها ، والا ألزم المشتري بدفع مبلغ معين ، فإن هذا الشرط يجعل الحكومة حق إعطاء الإذن المذكور أو رفضه ، ولكنه لا يجوز أن تزيد المبلغ المفق عليه أو أن تحرض شروطاً جديدة [استئناف مخطط أول يونه ١٩٤٣ (٥٥ ص ١٧٦)] .

للتعيين ، لأنه يدع مجالاً كبيراً للاختلاف على تقدير الثمن ، وهو يعدل عدم الاتفاق على ثمن ، فلا ينعقد البيع ^(١) .

وكذلك لا يكفي الاتفاق على أن يكون الثمن هو ما يقبل أن يشتري به أى شخص آخر ، لأن ذلك يفتح باب الفس والتواطؤ مع الغير على أن يتقدموا للشراء بسعر صوري مرتفع حتى يصير هذا السعر ملزماً المشتري ^(٢) . وإذا كان مثل هذا الشرط جائزاً في الوعد بالتفضيل ، فلأن هذا الوعد لا يفيد الموعود له بل يخوله الحق في أن يقبل الشراء بالثمن الذي يمرض غيره أن يشتري به أو لا يقبل . ويجوز أن يعتبر عقد البيع الذي يرد فيه مثل هذا الاتفاق على الثمن مجرد وعد بالتفضيل .

وإذا اتفق على أن يترك تحديد الثمن لأحد العاقدين ، فإن كان المقصود أن يكون ذلك العاقد حراً في تحديد الثمن أو عدم تحديده وفي المبلغ الذي يحدده ، فإن هذا الاتفاق لا يكفي ولا ينعقد به العقد لأنه يعلق العقد وما ينشأ عنه من التزامات على عرض مشيئة ذلك العاقد . أما إذا كان المقصود به أن يتولى ذلك العاقد تحديد الثمن دون إبطاء وأن يكون تحديده إياه على أساس عادل بحيث لو أبطأ أو خالف العدالة جاز للطرف الآخر الالتجاء الى القضاء لتحديد الثمن ، كان ذلك كافياً لاعتبار الثمن قابلاً للتعيين ، ولا يعتبر هذا الشرط ارادياً محضاً مادام يجوز التغلب على إرادة العاقد بالالتجاء الى المحكمة ^(٣) (قارن المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى ومذكرتها الإيضاحية).

(١) السهوى في الوسيط ج ٤ ص ٣٧٠ ، جيل الشرفاوى ص ١١٨ ، لبيب شنب
نبذة ٢٤ ص ٤٥ .

(٢) السهوى ص ٣٧٠ هامش ٤ ، جيل الشرفاوى ص ١١٨ .

(٣) عكس ذلك السهوى ج ٤ ص ٣٧٠ هامش ١ ، جيل الشرفاوى ص ١١٨ ،
منصور نبذة ٢٩ .

ومن أم الاتفاقات التي تجعل الثمن قابلاً للتعين الاتفاق على البيع بسعر السوق والاتفاق على أن يتولى أجنبي عن العقد معين بذاته تحديد الثمن .

٩٨ - الاتفاق على البيع بسعر السوق - تقدم أنه إذا اتفق على حساب الثمن وفقاً لسعر السوق في تاريخ معين ، كان ذلك كافياً لجعل الثمن قابلاً للتعين ولا تعقد العقد .

ولأن هذا الاتفاق كثير التداول عملاً ، رأى المشرع أن ينص على حكمه وأن يبين تفاصيل تطبيقه ، فنص في المادة ٤٣٣ فقرة ثالثة على أنه إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف أن تكون أسعاره هي السارية .

وبين من ذلك أنه إذا تم الاتفاق على البيع بسعر السوق وكان الطرفان قد عينا مكان السوق والتاريخ الذي يعتبر السعر فيه أساساً لتحديد الثمن ، وجب العمل بما اتفقا عليه (١) . وإذا لم يعينا شيئاً من ذلك وتعدرا الاستهداء إلى بينهما في شأنه ، اعتبر أنهما قصداً الاحالة على سعر السوق في المكان الذي

(١) وأم تطبيق على ذلك بيع الثمن تحت القطع على سعر العقود ، وهو عقد يخول البائع قطع السعر الذي يحاسب عليه المشتري بحسب سعر بورصة العقود في تاريخ يختاره البائع من بين فترة متفق عليها سلفاً . ويشترط في اختيار البائع القطع وثقا لسر البورصة في تاريخ معين أن يوفر للمشتري الوقت الذي يتسع لإجراء عملية التغطية التي تتم عملية عكسية يجرها المشتري في بورصة العقود وفي وقت القطع ويسره وعن مقدار مادل للمقدار الذي طاب البائع قطع سعره كي يأمن المشتري هلاجات الأسعار (انظر نفس مدق ٢٠ فبراير ١٩٦٤ مجموعة أحكام التمس ١٥ - ٢٧١ - ٤٧ ، وأيضاً نفس مدق ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام التمس ١٣ - ١١٥ - ١٨ ، أول فبراير ١٩٦٢ مجموعة أحكام التمس ١٣ - ١٤٨ - ٢٣ ، ٣ مايو ١٩٦٢ مجموعة أحكام التمس ١٣ - ٥٨٣ - ٨٧ ، ٢٧ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة أحكام التمس ١٣ - ١٢٣٨ - ١٩٥) .

يجب فيه تسليم المبيع وفي اليوم المعين للتسليم . والمكان الذي يجب فيه التسليم هو المكان الذي اتفق عليه لذلك . فان لم يوجد اتفاق في هذا الشأن كان هو المكان الذي وجد فيه المبيع وقت نشوء الالتزام اذا كان المبيع معيناً بالذات ، والا فالمكان الذي يوجد فيه موطن البائع وقت وجوب التسليم أو الذي يوجد فيه مركز أعماله اذا كان البيع متعلقاً بهذه الأعمال (المادة ٣٤٧) .

وإذا اتفق على وجوب تصدير المبيع للمشتري ، اعتبر مكان التسليم هو المكان الذي يصل فيه المبيع الى المشتري (المادة ٤٣٦) ، ووجب التعويل على سعر السوق في هذا المكان .

وإذا لم يوجد في المكان المتفق عليه أو الذي يجب فيه التسليم سوق يستبين منها سعر المبيع ، وجب الرجوع الى سعر السوق التي يقضى العرف الجاري في هذا المكان بالتعويل عليها في مثل هذه الأحوال .

٩٩ - الاتفاق على أن يتولى أجنبي تمديد الثمن - نصت المادة ١٥٩٢ مدني فرنسي على أنه يجوز أن يتفق العاقدان على أن يكلا تحديد الثمن الى أجنبي يعينه لذلك . ويرى الشراح أن تعيين الشخص الأجنبي يمكن أن يتم في عقد البيع ذاته أو في اتفاق لاحق ، ويذهب بعضهم الى أنه لا يجوز تفويض المحكمة في تعيين الشخص الذي يتولى تحديد الثمن .

وكانت المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني المصري تنص على مثل ذلك في باب الالتزامات بوجه عام ، ولكن لجنة المراجعة رأت حذفها باعتبار أنها تنص على حالة تفصيلية قليلة الأهمية . فاذا ما عرضت هذه الحالة في العمل وجب تطبيق القواعد العامة عليها ، وهي لا تختلف عما جرى عليه القانون الفرنسي .

وقد اختلفت الشراح في تكييف مهمة الأجنبي المعين لتحديد الثمن ، فذهب بعضهم الى أن مهمته تحكيم ، واستندوا في ذلك الى نص المادة ١٥٩٢ مدنى فرنسى التى تقول انه يجوز للطرفين أن يتركا تعيين الثمن لحكم أجنبي *à l'arbitrage d'un tiers* ورتبوا على ذلك أن الأجنبي يجب عليه أن يتبع في مباشرة مهمته الاجراءات التى نص عليها قانون المرافعات فيما يتعلق بحكم المحكمين ، ولكن رأيهم مردود بأن التحكيم يفترض وجود نزاع عن حقوق قائمة . أما في هذه الحالة فلا توجد حقوق متنازع عليها ، بل المطلوب استيفاء ركن من أركان العقد ، وهذا ليس من عمل المحكمين في شيء .

وقال آخرون ان مهمة الأجنبي في هذه الحالة هى مهمة الخبير الذى يقوم بتقدير ثمن شيء معين ، فيجب عليه اذن أن يتبع الاجراءات المقررة في قانون المرافعات لمباشرة الخبراء أعمالهم . ويرد ذلك بأن رأى الخبير استشارى لا يقيد الخصوم ولا القاضى ، في حين أن الثمن الذى يحدده الشخص الذى بكل الطرفان اليه ذلك يكون ملزما لهما .

وجرى القضاء على اعتبار الغير في هذه الحالة وكبلا عن الطرفين في تحديد الثمن ، فاذا ما حدد هذا الوكيل ثمناً معيناً التزم به طرفا العقد باعتبارهما موكليه^(١) . ويتخذ على هذا التكييف أولاً أنه يجعل الأجنبي وكبلا عن طرفي العقد معا في حين أن ذلك لا يجوز الا بنص خاص ، وثانياً أنه لا يجوز لأى من الطرفين تغيير الأجنبي المعين لتحديد الثمن في حين أن الوكيل يجوز لكل من موكليه عزله . هذا فوق أن مهمة الأجنبي عمل مادى في حين أن الوكالة لا تكون الا في الأعمال القانونية^(٢) .

(١) انظر في تأييد مذهب القضاء السهوى ج ٤ نبة ٧١٢ ص ٣٧٩ والهامش ١ ، جيل الشرفاوى ص ١٢٤ ، ومرب من ذلك الهلال وحمد زكى ص ١١٤ هامش ١ .
(٢) قارن ليب شلب ص ٤٨ حيث ينظر الى العقد الذى يصعد بمقتضى الفحص الذى يفرض في تحديد الثمن فيقول انه ان كان بأجر فهو معاولة ، والا فهو عقد غير مسمى . وفي هذا المعنى اسماعيل فام ص ٨١ و٨٠ .

والواقع أن التقدير الذى يقوم به الأجنبي في هذه الحالة يعتبر واقعة مادية يتوقف عليها تعيين الثمن وانعقاد العقد^(١)، شأنه في ذلك شأن تحديد البورصة الثمن في تاريخ معين . فإذا فتحت البورصة في هذا التاريخ وتحدد فيها الثمن أنتج العقد آثاره ، والا اعتبر كأن لم يكن .

وبلاحظ أن تحديد الثمن يمكن أن يناط بأجنبي واحد أو بأكثر من واحد ، وأن هؤلاء المفوضين يمكن أن يعينوا في عقد البيع نفسه أو في اتفاق لاحق .

١٠٠ — أثر هذا الاتفاق إذا قام الأجنبي بتحديد الثمن — متى قام الأجنبي بتحديد الثمن ، صار هذا التحديد ملزماً للطرفين ، ولم يجوز لأى منهما أن يتدخل منه إلا إذا أثبت أن الأجنبي ارتكب غشاً في أداء مأموريته أو وقع في غلط واضح أو جاوز حدود مأموريته . فحينئذ يجوز لمن يتضرر من هذا التحديد أن يطعن فيه أمام المحكمة^(٢) .

وبرى بعض الشراح أن قيام الأجنبي بتحديد الثمن يترتب عليه اكتمال عقد البيع أركانه ، فلا ينتج البيع آثاره إلا من وقت هذا التحديد أى أنه لا يكون لتعيين الأجنبي الثمن أثر رجعى ، ولا يعتبر العقد قبل ذلك يعبأ بل عقداً غير مسمى يلتزم به كل من الطرفين أن يبرم البيع بالثمن الذى يمينه الأجنبي^(٣) .

غير أن جمهرة الشراح ترى أن هذا التكييف لا يطابق نية العاقدين ، إذ الغالب أن يقصد الطرفان عقد البيع منذ اتفاقهما عليه ، فيعتبر البيع معلقاً على شرط واقف هو قيام الأجنبي بتحديد الثمن . فإذا عين الأجنبي الثمن ،

(١) وقد أخذ بهذا الرأي البدواوى في ١٤٠ ، منصور في ٣١ س ٥٨ .

(٢) أنظر ليب شنب في ٢٦ س ٤٨ ، جيل الشرفاوى س ١٢٣ .

(٣) بلانول وويير وبولانجيه ج ٢ في ٢٣٨١ .

تتفق الشرط وأنتج البيع أثره من وقت انعقاده . وإذا كان المبيع عقاراً أى أن ملكيته لا تنتقل إلا من وقت تسجيل العقد ، كان من مصلحة المشتري أن يبادر الى تسجيل عقده ولو قبل أن يعين الأجني الثمن ، حتى إذا ماتم هذا التعيين انتقلت اليه الملكية من وقت التسجيل السابق عليه . على أنه إذا كان الأجني لم يسم في عقد البيع ذاته ، وإنما سمي في اتفاق لاحق عليه ، فإن هذا الاتفاق الأخير هو الذى يكتمل به العقد لأنه هو الذى يجعل الثمن قابلاً للتعيين . فإذا ما عين الأجني الثمن ، كان لتعيينه أثر رجعى من وقت هذا الاتفاق اللاحق للعقد الأصلي لا من وقت هذا العقد . ولذلك يتعين على الأجني الذى سمي في عقد البيع ذاته أن يقدر ثمن المبيع وقت هذا العقد . أما إذا سمي الأجني في عقد لاحق ، وجب عليه أن يقدر ثمن المبيع وقت هذا الاتفاق اللاحق لأن هذا الوقت هو الذى سيبدأ فيه انتاج البيع أثره^(١).

وعندى أن هذا الرأى الأخير مردود بأن الشرط الواقف لا يصح أن يكون أحد أركان العقد ، وبأن العقد لا يصح اعتباره معلقاً على شرط واقف إلا إذا اكتمل انعقاده بجميع أركانه ، ولذلك أميل الى ترجيح الرأى الأول ، ويترتب عليه أن تعيين الغير للثمن هو الذى يكتمل به عقد البيع ولا يكون له أثر رجعى ، أما قبل ذلك فيكون العقد عقداً غير مسمى^(٢) .

١٠١ - أثر هذا الموقف إذا لم يسم الأجني بتحديد الثمن - إذا امتنع الأجني عن تحديد الثمن ، أو استحال عليه ذلك ، أو توفى ، أو تعدد المعينون لهذه المهمة واختلفوا فيما بينهم على التحديد دون أن يكون فيهم مرجع ، اعتبر البيع كأن لم يكن لعدم اكتمال ركن من أركانه ، ولا يجوز في هذه الحالة لأحد من المأقدين أن يلجأ الى المحكمة لتتولى هي تحديد الثمن

(١) الشهورى ج ٤ نبذة ٢١٢ ، البدرأوى نبذة ١٤١ ، اسماعيل قائم ص ٨٠ .

(٢) في هذا المنى جيل الشرفأوى ص ١٢٤ و ١٢٥ .

لأن ذلك يعتبر تسكيلا للعقد، وليس للمحاكم أن تتدخل في تكوين العقود . وكذلك إذا اتفق العاقدان على أن يفوضا في تحديد الثمن شخصاً أو أشخاصاً بعيناهم فيما بعد ، ثم امتنع أحد العاقدين عن الاتفاق على هؤلاء الأشخاص ، فإن امتناعه يحول دون جعل الثمن قابلاً للتعين . وبالتالي يحول دون انعقاد العقد . وفي هذه الحالة يجوز للعاقد الذي يتضرر من بطلان العقد أن يطالب العاقد الذي تسبب في هذا البطلان بتعويض الضرر . وتبني المحاكم الحكم بالتعويض في هذه الحالة على أساس المسؤولية التقصيرية^(١) . ولكن من الصعب القول بخطأ الممتنع عن تعيين مفوض دون تحديد الالتزام الذي ينسب إليه الإخلال به . ومن المحقق أن القانون لا يلزم أحداً بتعيين مفوض . فإذا كان لا بد من اعتبار الممتنع خطأً فلا مناص من إسناد ذلك الخطأ إلى إخلال بالالتزام نشأ من عقد . واستناداً إلى ذلك يرى أكثر الشراح أن دعوى التعويض تقوم في هذه الحالة على أساس المسؤولية العقدية لأنه إذا كان عدم تعيين المفوضين يحول دون انعقاد البيع ، فإنه لا ينفي حصول تعاقد بين الطرفين على تعيين مفوضين ، ويعتبر المتعاقد الممتنع عن تعيين المفوضين مخالفاً بالتزامه الناشئ عن هذا التعاقد^(٢) .

١٠٢ - تعيين الثمن أو المسمى الذي يقوم عليها تعييناً ضمنياً - ولا يشترط أن يكون تعيين الثمن أو تعيين الأساس التي تؤدي إلى تحديده تعييناً صريحاً ، بل يجوز أن يكون تعييناً ضمنياً . وقد نصت المادة ٤٢٤ على أنه « إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف

(١) انظر بومدي لاكاتنري نبذة ١٣٨ .

(٢) في هذا المعنى بلانول وريبير وعامل ج ١٠ نبذة ٣٩ ص ٤٠ ، السنهوري ج ٤ ص ٣٨١ ، البدراوى نبذة ١٣٩ ، منصور نبذة ٣١ ص ٥٦ ، وإسماعيل فاهم ص ٧٩ .

(م ٩٢ - بيع)

أن المتعاقدين قد نوباً اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما ، . فإذا اعتاد تاجر التجزئة مثلاً أن يطلب من تاجر الجملة كل يوم أو كل أسبوع قدراً معيناً من سلعة دون أن يحدد له الثمن ، فيستفاد من ذلك أنه قصد ضمناً أن يكون الثمن هو الثمن الذي جرى به التعامل بينهما مادام البائع لم يبنه على عميله برفع هذا الثمن .

٢٠٣ - حرية التعاقد في تحديد الثمن وما يرد عليها منه قيود - والأصل أن يكون للمتعاقدين مطلق الحرية في تعيين الثمن سواء أكان ذلك من ناحية مقداره أم من ناحية نوع النقود التي يقدر بها .

غير أنه إذا تم البيع بالمواد الجبرى أو بنزع الملكية للنفعة العامة ، فإن الملكية تنتقل من المالك الذي يعتبر دائماً دون توقف على إرادته ، وكذلك يحدد الثمن بغير إرادته ، فيحدد من طريق المزاو في البيع الجبرى أى بين مقدم أكبر عطاء والقاضى القائم بالبيع ، وتحدده جهة الإدارة أو أهل الخبرة الذين تدبهم المحكمة لذلك في نزع الملكية للنفعة العامة .

وهناك قيود أخرى ترد على حرية التعاقد في تحديد الثمن ، أهمها ناشئة من فرض تسعيرة الزامية لبعض السلع ومن تقرير السعر الإلزامى لأوراق البنكوت والنقود الورقية .

ففي أوقات الحروب والأزمات الاقتصادية لا يجوز للدولة أن تقف مكتوفة اليدين أمام ارتفاع أسعار الحاجيات الأولية ارتفاعاً باهظاً ولا أن تترك للمتعاقدين حرية تعيين الثمن في عقود البيع وفقاً لقانون العرض والطلب ، ويتعين عليها أن تتدخل في السوق لتحديد أرباح التجار وتسعير أهم السلع الضرورية . وكذلك في الدول الاشتراكية حيث تتدخل الدولة في الإنتاج وفي التوزيع وتضع لذلك تخطيطاً اقتصادياً يهدف الى تنمية الثروة القومية والدخل الوطنى ، ويستتبع ذلك تحديد أسعار أكثر السلع تحديداً رسمياً ،

فتمتبر تعريف الاسعار الرسمية حداً أعلى لما يجوز الاتفاق عليه من ثمن في عقود البيع ، وبالتالي قيداً وارداً على حرية العاقدين في تحديد الثمن ، وكل اتفاق على ثمن يجاوز هذا الحد الأعلى يقع باطلاً ولا يعمل به ، ويجوز لكل من الطرفين التمسك بهذا البطلان في أى وقت . فاذا كان ذلك قبل تنفيذ البيع ، جاز لكل من الطرفين الامتناع عن تنفيذه . واذا كان بعد التنفيذ ، وجب على العاقدين اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد . ويجوز للمشتري في كلتا الحالتين أن يطالب البائع بتعويض عن بطلان البيع لأنه هو المتسبب فيه بعمله غير المشروع ، أى البيع بأكثر من السعر الجائز قانوناً . واذا كان للمشتري مصلحة في الاحتفاظ بالبيع ، جاز له أن يطلب أن يكون التعويض عينياً بترك المبيع له في مقابل ثمنه الرسمي . فلا يلزم الا بهذا الثمن ويسترد ما يكون قد دفعه زيادة على ذلك . وكثيراً ما تنص القوانين التي تحدد تعريف الاسعار على الزام البائع برد الفرق الى المشتري فوق نصها على العقوبات التي توقع عليه .

والقوانين التي تحدد السعر الالزامى لأوراق البنكوت أو النقود الورقية تحد من حرية العاقدين في تعيين نوع النقود التي يدفع بها الثمن لأنها تجعل قبول الوفاء بالنقود الورق واجباً ، وتنص على بطلان شرط الدفع بالذهب ، فلا يجوز للبائع أن يشترط دفع الثمن اليه بنقود معدنية ذهباً كانت أو فضة ، ويقع مثل هذا الاتفاق باطلاً ويجوز للمشتري أن يجبر البائع على قبول وفاء الثمن المتفق عليه بالنقود الورق ذات السعر الالزامى^(١) .

١٠٤ - شرط الثالث أنه يكون الثمن مقياساً - لا يكفي أن يكون الثمن معيناً في العقد بالنقد . بل يجب أيضاً أن يكون ثمناً حقيقياً أى جدياً ، والا كان هو والمعلم سواء^(٢) .

(١) راجع نية ٢٣٩ من كتابنا في أحكام الاقترام .
(٢) قرب في هذا المعنى حتى ١٨ يناير ١٩٥١ المضافة ٣١ - ١٥٠٢ - ٤٤١ .
استئناف مصر ٨٥٨ ١٩٢٠ المضافة ١٤٤ - ٤٦٠ .

والثمن الحقيقي أو الجدى هو الذى تكون اوداة الطرفين قد اتجهت الى
الوام المشتري بأن يدفعه فعلا باعتباره مقابلاً حقيقياً لا رمزياً للبيع .

ويعتبر الثمن غير حقيقى اذا كان سوريا *fictif* أو تافها *dératoire* . أما الثمن
البخس *vil* فهو ثمن حقيقى ، وينمقد به العقد ، ولو أنه يخول البائع فى بعض
الأحوال حق طلب تكملة الثمن .

١٠٥ - الثمن العورى - ويكون الثمن المسمى فى العقد سوريا اذا لم
يكن مطابقاً حقيقة ما اتفق عليه الطرفان . وتكون صورته مطلقة اذا
اتفق الطرفان على أن لا يلتزم المشتري بأى شىء من الثمن المسمى . وتكون
نسبية اذا عالج القدر المسمى فى العقد حقيقة القدر المتفق على أن يدفعه
المشتري فعلا زيادة أو نقصانا .

فإذا كانت صورة الثمن نسبية ، وأثبت العاقد ذو المصلحة حقيقة الثمن
المتفق على دفعه ، كان هذا الثمن الأخير ثمناً حقيقياً وانمقد به البيع ، أى أنه
اذا أثبت المشتري أن الثمن الحقيقي أقل من المسمى فى العقد لم يلزم بأكثر
من الثمن الحقيقي ، وإذا أثبت البائع أن الثمن الحقيقي أكثر من المسمى كان
له تقاضى الزيادة^(١) .

أما اذا ثبت أن صورة الثمن مطلقة ، انعدم بذلك ركن الثمن

(١) وتعليقاً لذلك قضت محكمة استئناف الاسكندرية فى ٢١ أكتوبر ١٩٤٦ بأنه
إذا اتفق شخص عن نفسه وعن بقية اخوته الورثة فى عقد على بيع عين معينة بثلث مسمى ،
ثم اتفق مع المشتري بورقة مستقلة على مبلغ زيادة عن الثمن المنصوص عليه فى العقد وأن يستل
هو هذه الزيادة ، فإن هذه الزيادة تكون مستقلة لكل من البائعين ، وتلتاً بذلك رابطة
قانونية مباشرة بين المقتريين وبين كل من البائعين ، فيكون لكل منهم الحق فى طلبها مباشرة
من المقتريين وفى طلبها من الوكيل عنهم اذا دفع المقترون كل المبلغ اليه (المجموعة ٤٨ —
١٣٢ — ٦٠) .

ولم يعتقد البيع لعدم اكتمال أركانه ، وكان العقد هبة إذا ثبت اتجاه ارادة العاقدين الى نقل ملكية المفقود عليه فعلا من أحدهما الى الآخر .

وإذا ذكر الثمن في عقد ثابت بالكتابة ، تعين على العاقد الذى يتمسك بصوريته أن يثبت ذلك بالكتابة أيضاً . أما غير العاقدين فيجوز لهم اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات ، بما فيها اليقنة والقرائن^(١) ومتى ثبتت صورية الثمن صورية مطلقة بطل عقد البيع . فإذا ثبت أن المقصود به التبرع ، وتوافرت فيه شروط الهبة ، جاز اعتباره هبة مستترة في صورة عقد بيع وفقاً للمادة ٤٨٨ فقرة أولى^(٢) . والغالب عملاً أن ينطوى البيع الصورى على هبة مستترة ، ويكون قصد الواهب من ذلك اما التخلص من الشكل الرسمى الواجب لابرار الهبة ، واما تدعيم الهبة ببعض أحكام البيع التى تدرأ عنها بعض الطعون أو تجعل الطعن فيها أكثر صعوبة^(٣) .

ولا يكفي في اعتبار الثمن صورياً مجرد خلو العقد من اثبات دفعه عند التعاقد بالرغم من اثباته حصول تسليم المبيع ، لأن ذلك لا ينفى التزام المشتري بدفعه عند المطالبة^(٤) . وكذلك لا يعتبر الثمن صورياً مجرد صدور تنازل عنه من البائع

(١) ومن أهم القرائن على صورية الثمن المسمى في العقد صورية مطلقة اصدار المفتري وقت العراء وظهور عجزه عن دفع ذلك الثمن ظهورياً لاسيما الى المبادلة فيه ، بحيث لا يتصور أن يكون المفتري قد دفع ذلك الثمن ولا أن البائع قد حلل الأمر على محل الجدل اذا كان قد ذكر في العقد أجلاً لاستحقاق الثمن المسمى . والعكس غير صحيح ، فلا يكفي مجرد إصدار المفتري وقت العقد لتستخلص منه قرينة على أنه وقى الثمن المسمى في العقد حقيقة أو أنه التزم به التزاماً حقيقياً بقصد الوفاء به ، انظر ماسيجي في نهاية هذه النكتة .

(٢) انظر استخفاف مصر ٢٥ أبريل ١٩٣٧ المجموعة ٤٠ رقم ١٩٢ .

(٣) جليل الصرطوى ص ١٠٩ .

(٤) قس مدني ٩٠ يونيو ١٩٣٨ المجموعة ١٩ - ٣٥٦ - ١٥٧ مجموعة القواعد

أو هبة البائع إياه بعد البيع ، إذ أن العبرة بمجدية الثمن وقت البيع الذى انعقد صحيحاً^(١) .

أما إذا ذكر البائع فى عقد البيع ذاته أنه أبرأ المشتري من الثمن أو وهبه إياه ، فإن ذلك يكون دليلاً على الصورية ويجعل الثمن منعماً ويمنع من انعقاد البيع^(٢) ، بل أنه يحول دون اعتبار العقد هبة مستترة فى صورة بيع ، لأن هذا التكييف الأخير يقتضى أن يكون عقد البيع الظاهر ساتراً فعلاً للهبة ، ولا يكفي فيه مجرد تسمية العقد بيعاً إذا كان هذا العقد ظاهر الدلالة على أن المقصود به الهبة ، وإنما تكون الهبة فى هذه الحالة مكشوفة ولا يثبت للعقد حكم الهبة إلا إذا كان مستوفياً الشكل اللازم لعقد الهبة ، أى مدوناً فى ورقة رسمية^(٣) .

وفى هذا كله تقول محكمة النقض أنه لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن المبيع بعد تسميته فى العقد لأن مطلق البيع يفيد التزام المشتري بدفع الثمن المسمى ، ولأن المادة ٤٨ من القانون المدنى (القديم) تجيز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر وتجعل مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الظاهر الذى يسترها مستوفى الأركان والشروط القانونية . فإن كان العقد الساتر بيعاً ولم ينص فيه على ثمن أو أبرأ المشتري من الثمن أو وهب له ، فالعقد هبة لا تصح قانوناً إلا إذا كانت حاصلة بعقد رسمى^(٤) .

وقد جرت المحاكم فى إثبات صورية الثمن على جواز استنباطها من مجرد

-
- (١) الشهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٢١٥ ص ٣٨٥ ، أنور سلطان نبذة ١٣٧ ص ١٥٩ ، منصور نبذة ٢٨ ، البدواوى نبذة ١٤٤ جيل العرفاوى ص ١١١ .
 (٢) استئناف مصر ٢ نوفمبر ١٩٣٨ المطامرة ١٩-٩٥١-٣٨٦ .
 (٣) الشهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ٢١٥ ص ٣٨٥ ، نفس مدنى ٩ يونية ١٩٣٨ المطار اليه آفا ٢٢ مايو ١٩٤٦ محكمة الفوائد القانونية ٥ رقم ٨٣ .
 (٤) نفس ٩ يونية ١٩٣٨ و ٢٢ مايو ١٩٤٦ المطار اليه آفا .

التفاوت الكبير بين حال المشتري المالية وبين الثمن المسمى في العقد، فقررت محكمة النقض أنه اذا تبين من ظروف الدعوى أن المشتري لم يكن في حالة يستطيع معها دفع الثمن المبين في العقد وأنه ليس الاثماً سوريا فبكون العقد في الحقيقة عقد تبرع منجز أى هبة مستترة في صورة عقد بيع^(١).

ولكن عدم التفاوت المذكور لا ينهض في ذاته دليلاً على جدية الثمن أو جدية البيع. وقد قالت في ذلك محكمة النقض انه لا تعارض بين أن يكون المشتري في حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه سوريا، اذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد، فاذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفاً ما كان سوريا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للسندات المقدمة من المشتري اثباتاً ليساره ومقدرته على دفع الثمن، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر^(٢).

١٠٦ - الثمن التافه - ويلحق بالثمن المعلوم أو بالثمن الظاهرة صورته

الثمن التافه. وهو الثمن الذي لا يقوم دليل على أن العاقدین قصداً ألا يلزم المشتري بدفعه ولكنه يكون قليلاً الى حد يجعل التناسب بينه وبين قيمة المبيع الحقيقية مفقوداً تماماً، كما في بيع فدان صالح للزراعة بمجنيه واحد أو دار كبيرة بعشرة جنيهات، فإن قلت هذا الثمن وتافهته بالنسبة الى قيمة المبيع تحول دون عده ركناً صحيحاً في عقد البيع. فلا يكون العقد يعبأ بل هبة.

(١) محض مدني ٢ يونيو ١٩٣٢ المحاماة ١٣-١٥٥-٦١ ونقض ١٣ أبريل ١٩٣٩ المجموعة ٤٠ ولم ٧٠٧ استئناف أسبوط ١٦ نوفمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢-٦٣٥-٣٢٤، جيل الدرافوس ١١٧، وبالعكس من ذلك قضت محكمة استئناف مصر في ٢٠ أبريل ١٩٣٠ بأنه اذا تضمن عقد البيع شرائطه القانونية، فعين فيه الطرطان القانوني البائع (الأب من ماله) والمشترون (الأب بصفته ولياً على أولاده) والمبيع والتمس فهو عقد بيع صحيح. ومنى كان العقد سرعاً في أن البائع استلم هذا الثمن من مالية أولاده فتمسعر واعتبر أن هذا المال كان موجودة تحت يده من قبل العقد، فلا يعتبر ذلك حبة للثمن (المحاماة ١٠-٨٦٨-٤٣٨).

(٢) محض ٣ يناير ١٩٤١ مجموعة القواعد المحاموية ٣-٢٩٨-٨٨.

.. ولأن الثمن التافه لا يعتد به أصلاً ، فإن ذكره في عقد البيع لا يكفي حتى لإغشاء العقد صورة البيع الذي يسترجه . وبعتبر العقد في هذه الحالة هبة سافرة ، ولا يصح بهذا الوصف إلا إذا كان محرراً في ورقة رسمية وفقاً للمادة ٤٨٨ فقرة أولى .

١٠٧ - الثمن البخس - أما الثمن فهو الذي يقل كثيراً عن قيمة المبيع ولكنه لا ينزل إلى حد الثمن التافه الذي لا يعتد به ولا يهم البائع الحصول عليه . فالثمن البخس ، خلافاً للثمن الصوري أو للثمن التافه ، ممن جدى كان الحصول عليه هو الباعث الدافع للبائع على الالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وهو لذلك يكفي لانعقاد البيع (١) .

غير أن انخفاض الثمن وعظم التفاوت بينه وبين قيمة المبيع قد يكونان في بعض الشرائع سبباً في جعل العقد قابلاً للإبطال ، وهما في القانون المصري يخولان البائع في بعض الأحوال حق طلب زيادة الثمن إلى حد معين (المادة ٤٢٥) ، وفي أحوال أخرى حق طلب إبطال العقد أو زيادة الثمن أو نقص مقدار المبيع (المادة ١٢٩) . وسنعرض لذلك عند الكلام في عيوب الرضا .

ولا يفتونا هنا أن نذكر أن المحاكم استنبطت فيما مضى من بخس الثمن في بيع الوفاء قرينة على أن العقد رهن وليس بيعاً .

وقد تدق أحياناً التفرقة بين الثمن البخس والثمن غير الجدى . وأهم الحالات التي أثارَت خلافاً في هذا الشأن حالة بيع عقار في مقابل إيراد مرتب لمُدَى حياة البائع تقل قيمته عن غلة هذا العقار أولاً وتجاوزها . ففي هذه الحالة يأخذ المشتري العقار دون أن يدفع شيئاً من ماله ، وإنما يدفع إلى البائع في كل سنة مادام حياً

(١) - قض أول فبراير ١٩٥١ التصريح بالقبض ١٤٦-٤٩-٥٩-١٤٦١-٢٨١-٢٩٠ . وقد جاء فيه أنه لا يفترض أن يكون المقابل في عقد البيع - الثمن - متكافئاً مع قيمة المبيع بل كل ما يفترض فيه أن لا يكون طغياناً . فالثمن البخس يصلح مقابلاً لالتزامات البائع .

مبلغا يساوى غلة العقار كلها أو بعضها . فهو في الواقع بأخض ملكية الرقبة دون مقابل اذا كان الاراد المرتب يساوى قيمة الغلة كلها ، وبأخذها هي وجزءاً من الغلة اذا كان الاراد المرتب أقل من قيمة الغلة . أفعتبر الثمن المعين على هذا الوجه ثمناً جدياً نجساً يكفي لانعقاد البيع صحيحاً ، أم يعتبر ثمناً غير جدى فلا يكفي لانعقاده ؟

ذهبت كثرة الشراح وأحكام المحاكم الفرنسية الى أن الثمن المعين على هذا الوجه لا يعتبر ثمناً حقيقياً ولا يكفي لانعقاد البيع ، لانه ظاهر منه أن المشتري لا يدفع شيئاً من ماله ، فالعقد يعتبر هبة ولا ينعقد بهذا الوصف الا اذا دون في ورقة رسمية (١) .

وقد أخذت بذلك محكمة النقض المصرية (٢) ، وأيدها فيه

(١) انظر الأحكام المشار اليها في بلاتول وريبير وعامل ج ١٠ ص ٤٢ هامش ١ ، وانظر من المراح الذين يؤيدون المحاكم في هذا الرأي أوبري ورو واسمان ج ٥ نبذة ٣٤٩ هامش ٢٦ ، جيبوار ج ١ نبذة ٩٧ مع مخطئه بالنسبة للسالة التي يتعرض فيها المشتري لتعاقبات تنقلاً من مخطئ استغلال المبيع .

(٢) قضى مدني ٥ أبريل ١٩٥١ المجامعة ٣٣-٤٠٩-٢٢٠ التفرع والقضاء ٥-٣-٢ وقد جاء فيه أنه « من كان المحكم اذ قضى برفض الدعوى التي أقامها مورث الطامن بطلب بطلان العقد الرسمي الصادر منه الى المظنون عليها الأولى ببيع منزل على أساس أن هذا العقد في حقيقته وصية قد أقام قضاءه على «أن التصرف هو عقد بيع صحيح ناجز وليس ما يمتنع قانوناً من أن يكون الثمن مشروطاً وفاؤه كإيراد سرب لدى حياة البائع ولو أتيح القول بأن الثمن منه «م فالعقد يظل على هذا القرض عقداً صحيحاً قانوناً نافلاً للملكية لأنه يكون بمثابة هبة قد تضمنها عقد رسمي ، والهبة تصح قانوناً اذا صيغت في صورة عقد بيع أو هبت بقدر رسمي » ، من كان المحكم قد أقام قضاءه على هذا الأساس فانه لا يبطئه اغفاله بطلب الطامن إحالة الدعوى على التحقيق ليثبت أن أجرة مثل المنزل تزيد على الاراد المقرر مدى حياة البائع كقابل لبيع . بل على فرض أن هذا الاراد هو دون ربع المنزل وأن ذلك يجعل الثمن معدوماً فيعتبر العقد باطلاً كبيع فان المحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد يثبت في هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لانراغها في قالب رسمي ، وما قرره المحكم في هذا الخصوص صحيح قانوناً : فانه أن مورث الطامن قد أقام دعواه على أساس أن العقد في حقيقته وصية أي تبرع مضاف الى ما بعد الموت ، وقد أثبت المحكم بالأدلة الساتية التي أوردها أن التصرف مبني على تبرع لا يكون هبة صحيحة في جدر رسمي ، ومن ثم فإن الطامن عليه بالصور ومخاطبة القانون يكون على غير أساس » ،

بعض الفقه (١).

غير أنه من الواضح أن الثمن المعين على هذا الوجه ليس ثمنا صوريا ولا ثمنا نافعا لأن الماقدن لم يقصدا بتعيينه مجرد توفير شرط الثمن اللازم لانقضاء العقد بل قصدا أن يلتزم به المشتري فعلا وقصد البائع الحصول على الأيراد المرتب بمدى حياته في مقابل نقل ملكية عقاره إلى المشتري. وإذا كان الواقع أن قسط الأيراد المرتب لا يتجاوز غلة العقار في ظروف معينة، فقد يتغير الوضع وتنخفض قيمة الغلة فيلتزم المشتري بأن يدفع الفرق من ماله. وحقيقة الأمر أن الثمن في هذه الصورة ليس غلة العقار أو قسط الأيراد أو مجموع الأقساط بل هو الحق في إيراد ثابت لا يتغير بتغير الغلة. وقد أراد البائع أن يحصل على هذا الحق الثابت في مقابل نقل ملكيته إلى المشتري، وقد يكون البائع الباعث إليه على ذلك أنه يريد أن يكفي نفسه مؤونة إدارة المال واستغلاله وأنه يريد أن يدرأ عن نفسه احتمال نقص الغلة مستقبلا عن الحد الذي حدد به الأيراد المرتب كي يضمن لنفسه قدرأ معيناً من الأيراد مدى حياته يكفل له مستوى معيناً من المعيشة. فيعتبر هذا الثمن ثمنا جدياً يكفي لاعتبار العقد بيعاً. لذلك أخذت الشرائح وأحكام المحاكم تتجه إلى الأخذ بهذا الرأي كلما ثبت أنه قصد بهذا الاتفاق رفع عناء إدارة المبيع وخطاطر الاستغلال عن البائع أو تأمينه ضد نقص غلة المبيع (٢).

وسنعرض عند الكلام في الفين لما إذا كان تعيين الثمن على هذا الوجه يعتبر سبباً لطلب إبطال العقد أو لطلب تكملة الثمن بالرغم من طبيعة العقد الاحتمالية.

(١) انظر الشهبوي ج ٤ ص ٣٨٦، البدواوي نبذة ٧٤٦، جيل المعرفاوي ص ١١٣.

(٢) في هذا الشأن بلاتويل وروبير وعامل ج ١٠ نبذة ٤١ ص ٤٣ و ٤٣، الشهبوي

في المراجع السابق، نفس فرنسي مدق ٩ يناير ١٩٥٠ - جوريكلاسيك الموزي ١٩٥٠ - ٥٧٧،

١٨ أكتوبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام المجلس الفرنسي ١٩٥٠ - ١.

الفصل الثالث

ركن السبب في عقد البيع

١٠٨ - امانة الى الفوائد العامة - لم ينص القانون في باب البيع على ركن السبب بوجه خاص ، فيتعين الرجوع في ذلك الى الاحكام العامة التي وردت في شأن الالتزام بوجه عام .

وقد نصت المادة ١٣٦ مدني على أنه : اذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا ، .

ومن المعلوم أن السبب هو في الحقيقة ركن في الارادة التي يلتزم بها صاحبها وليس ركنا في العقد ذاته ، أي أنه في العقد الملزم للجائين حيث يلتزم كل من العاقدین بأرادته يكون لكل من الارادتين سببها . فارادة البائع أن يلتزم بنقل ملكية المبيع الى المشتري سببها رغبته في الحصول على الثمن وقد تكون هذه الرغبة ذاتها راجعة بدورها الى سبب آخر هو حاجة البائع الى مبلغ نقدي لوفاء ما عليه من دين أو لشراء حاجيات أو للمضاربة أو للعب القمار أو لدفع رشوة الخ . فيرتفع هذا الباعث الدافع الى التعاقد الى مرتبة السبب في التزام البائع متى كان معلوما لدى المشتري . فاذا كان هذا الباعث مشروعا كما في المثليين الأولين فلا غبار على العقد . أما اذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب كما في المثليين الآخرين ، وقع العقد باطلا لعدم مشروعية سببه .

وكذلك فان ارادة المشتري أن يلتزم بدفع الثمن الى البائع سببها رغبته في الحصول على ملكية المبيع . وقد يكون غرض المشتري من الحصول على المبيع الانتفاع به انتفاعا مشروعا ، وقد يقصد استعماله استعمالا غير مشروع كما اذا اشترى دأرا يقصد اعدادها للبيسر . فاذا كان البائع في هذه الحالة الأخيرة يعلم بالباعث غير المشروع الذي دفع المشتري الى التعاقد ، فان العقد يقع باطلا لعدم مشروعية سببه .

الفصل الرابع

عدم النص المانع من البيع

١٠٩ - أثر النص المانع من البيع - إذا نص القانون على تحريم نوع من أنواع البيع أو منع أشخاصاً معينين من بيع نوع من الأموال أو من شرائه ، فلا تجوز مخالفة هذا النص ولا ينعقد بيع نهى عنه القانون ، واذن فلا بد من الاعتراف بأنه يشترط في انعقاد البيع ألا يصطدم بنص ينهى عن إبرامه .

وقد تقدم أن القانون اعتبر بعض الأموال خارجة عن التعامل ، فنهى بذلك عن بيعها نهياً عاماً موجهاً الى الكافة . كما تقدم تطبيق ذلك على التركات المستقبلة حيث خصها المشرع بنص يمنع التعامل فيها . وقد جاء هذا المنع عاماً أى أنه موجه الى جميع الناس .

كذلك حرم التقنين المدني الحال بيع الوفاء ونص على بطلانه بطلاناً مطلقاً . وهذا التحريم أيضاً تحريم عام يسرى على جميع الناس ، فلا يجوز لأى شخص منذ العمل بهذا التقنين أن يعقد بيع وفاء . وكل عقد يقع مخالفته لهذا النهى يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً .

وقد أورد التقنين المذكور نصين مانعين آخرين ، ولكنه جعل المنع فيهما مقصوراً على بعض الأشخاص دون غيرهم ، وبالنسبة الى نوع معين من الأموال ، وهما عاصان يمنع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها ، ومنع المحامين من التعامل فى الحقوق التى وكلوا فى النطاق عنها . وفوق ذلك نصت بعض القوانين الخاصة على حظر الشراء بالنسبة الى

طوائف معينة حظرا يتعلق بالنظام العام ويترتب على مخالفته بطلان البيع .
وأهم هذه القوانين قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨/١٩٥٢ المعدل بقوانين
لاحقة كثيرة ، وقد حظر على أى شخص أن يشتري أرضا زراعية يصبح
بها مجموع ما يملكه من الاراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان ثم خفض
هذا الحد الاقصى الى مئة فدان بالقانون رقم ١٢٧/١٩٦١ ، وكذلك القانونان
رقم ٣٧/١٩٥١ ورقم ١٥/١٩٦٣ اللذين حظرا على الاجانب تملك الاراضى
الزراعية والصحراوية ، والقانون رقم ١١١/١٩٤٥ الصادر باستمرار العمل
بالامر العسكري رقم ٦٢/١٩٤٠ الذى يحظر على أى أجنبى تملك أى عقار
يقع بأحد الاقسام التى تقوم على ادارتها مصلحة الحدود .

ونعرض فيما يلى حالات الحظر المشار اليها متبئين بما نص عليه منها
التقنين المدنى الحالى .

١١٠ - (أورد) منع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع

فيها - نصت المادة ٤٧١ على أنه : لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا
للحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم
مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى
اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، والا كان البيع باطلا ،

وظاهر أن المنع الوارد فى هذا النص يعتبر استثناء من حكم القواعد
العامة ، وأنه لذلك يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً وأن يطبق بدقة ، فيتبد
تطبيقه بالحكمة التى من أجلها تقرر ، وبما ورد فى النص من قيود تجعله
مقصوراً على البيع الذى يصدر الى ثلث معينة من الاشخاص متعلقاً بنوع
معين من الأموال .

١١١ - حكم تحريم البيع الى رجال القضاء وأعرانهم - منع المشرع رجال القضاء وأعرانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها حرصاً منه على هبة القضاء وكرامته وحسن سمعته ، لأنه قدر أن القاضى الذى يشتري حقاً متنازلاً فيه إنما يضارب على نتيجة التقاضى فى شأن هذا الحق ، ويخشى أن يحمله ذلك على استغلال نفوذه فى الحصول على حكم لمصلحته بشأن الحق الذى اشتراه أو أن يظن الناس فيه ذلك على الأقل . فأراد المشرع أن يبعد القضاة وأعرانهم عن كل شبهة من هذا القبيل .

ويبين من ذلك سبب قصر الحكم بالبطلان على العقود التى يكون فيها رجال القضاء أو أعرانهم مشترين حقوقاً متنازلاً فيها لا بائعين شيئاً من هذه الحقوق ، اذ أن شراء القضاة مثل هذه الحقوق هو الذى يجعل لهم مصلحة فيها ويخشى معه قيام الشبهة . أما فيما بالعكس من ذلك يقطع صلتهم بالحقوق المتنازع فيها ويعدم عن كل ريبة (١) .

١١٢ - قصر التحريم على أشخاص معينين على سبيل المحصر - ولأن هذا النص استثنائى وارد على خلاف الأصل ، يتعين اعتبار بيان الأشخاص المذكورين فيه وارداً على سبيل المحصر ، فلا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه . فهو مثلاً لا ينطبق على مترجمى المحاكم ولا على الخبراء (٢) ولكنه ينطبق على من تثبت لهم صفة الأشخاص المذكورين فيه لدى أية جهة من الجهات القضائية سواء كانت هى جهة القضاء المدنى والجنائى أو جهة القضاء الإدارى . والمقصود بالقضاة كل من يلى القضاء سواء كان قاضياً بالمحكمة

(١) فى هذا المعنى السهوى ج ٤ ص ٢١٤ هامش ١ ، البراوى نذرة ١٢٤ ص ١٨٢ ،
ليب غيب نذرة ٢٣٢ .

(٢) السهوى ج ٤ نذرة ١١١ ص ٢١٥ ، ليب غيب ص ٢٧٨ ، جيل المرافوى
نيفة ٢٢ .

الابتدائية أو مستشاراً بمحاكم الاستئناف أو بمحكمة النقض أو غير ذلك من المحاكم .

ويشترط في انطباق هذا التحريم على هؤلاء الأشخاص أن تثبت لهم صفاتهم المستمدة من وظائفهم وقت شراء الحقوق المتنازع فيها . أما إذا اشترى القاضي أو كاتب المحكمة حقاً متنازعا فيه قبل أن يعين في وظيفته أو بعد اعتزاله إياها ، فإن التحريم لا ينطبق عليه .

ومثى ثبتت في الشخص الصفة التي تجعل التحريم منطبقاً عليه ، امتنع عليه الشراء سواء باسمه سافراً ، أو باسم غيره مستعاراً للحسابه .

على أن المنع من الشراء ليس حتى بالنسبة لهؤلاء الأشخاص عابداً بل هو مقصور على نوع معين من الأموال .

١١٣ - قصر التحريم على شراء أموال معينة - اقتضت حكمة تشريع هذا النص الاستثنائي قصر التحريم الوارد فيه على شراء نوع من الأموال هو الذي يخشى فيه أن تعلق الشبهة برجال القضاء وأعيانهم المذكورين ، فاشترط المشرع في انطباق هذا النص أن يكون ما يشتريه القضاء وأعيانهم حقاً متنازعا فيه وأن يدخل النزاع المتعلق به في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها .

وفيما يتعلق بالشرط الأول يعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفضت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي ولو لم ترفع به الدعوى بعد (قارن المادة ٤٩٩قرة ثانية) . ويشترط في انطباق النص أن تكون المنازعة فيه بهذا المعنى قائمة وقت البيع^(١) . وتشترط محكمة النقض فوق

(١) محس ٢٩ أبريل ١٩٣٤ المتداول في الخامس الخلال .

ذلك أن تكون المنازعة معروفة للمشتري وقت الشراء سواء أكانت معطروحة على القضاة أو لم تطرح بعد^(١) .

وتنطبق توافر ذلك ، امتنع شراء الحق المتنازع فيه سواء كان هذا الحق شخصياً أو عيانياً^(٢) .

أما إذا لم يكن النزاع قد قام وقت البيع أو قام وفصل فيه نهائياً قبل البيع فلا يكون شراء القضاة أو أعوانهم للحق المذكور محرماً^(٣) .

وبعد اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه أو غير متنازع فيه مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض^(٤) .

وفيا يتعلق بالشرط الثاني ، فإن التحريم لا يسرى فقط على الحقوق المتنازع فيها التي يكون نظر النزاع المتعلق بها من اختصاص المشتري شخصياً

(١) تنص ٢١ أبريل ١٩٣٤ المادة ١٤-١-٤٠٩-١٧٠ وقد جاء فيه « أن المادة ٢٥٧ مدني (= ٤٧١ مدني حالي) التي تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها بتفديعها اشتراط أن يكون المتنازع على الحق قائماً بالفعل وقت الشراء ومطروحة للمشتري ، سواء أكان مطروحة على القضاة أم لم يكن طرحه بعد . وإذا فلا يمكن لأبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع وبمحض أن ترفع بشأنه دعوى . وبمحكمة الموضوع إذا فصل في كون الوقائع التي أقيمتها وقررتها مؤدية إلى اعتبار الحق متنازعا فيه ، إنما فصل في مسألة قانونية هي توافر ركن من الأركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدني (٤٧١ مدني حالي) أو عدم توافره . وإذا فصلها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض » .

(٢) تراجع المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التوضيحية ج ٤ ص ٤٢٧ .

(٣) استئناف مصر ١١ مايو ١٩٣٩ المجموعة ٤١ رقم ٨٢ وقد جاء فيه « أن كل نزاع يجدد أو ينشأ بعد التعاقد لأسباب لم تكن ظاهرة ولا كانت في حلب المتنازعين وقت التعاقد لا يصح أن يكون حائلاً دون البيع للأشخاص الذين ذكرهم القانون » .

(٤) تنص ٢٦ أبريل ١٩٣٤ القرار إليه ، وغرب في هذا المعنى استئناف مصر ١٣ يونيو ١٩٣٣ المجموعة ١٤-٢-٢٤١-١٣٠ .

ونظراً مع ذلك استئناف مصر ٢٩ نوفمبر ١٩٣٧ المجموعة ٨-٣٢٨-٢٤٢ حيث قضى بأن يبطل البيع الصادر لحام ولو لم تكن البين المبيعة محل نزاع وقت البيع ، وأما يمكن توقف حصوله في المستقبل .

بل يسرى على كل حق متنازع فيه اذا كان النزاع المتعلق به يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر المشتري أعماله في دائرتها .

وبناء على ذلك يتمتع على قاضى المحكمة الكلية أن يشترى حقوقاً متنازعة فيها يدخل النزاع المتعلق بها في اختصاص هذه المحكمة ولو كان توزيع العمل بين دوائر المحكمة يحمل المشتري بعيداً كل البعد عن نظر هذا النزاع . وكذلك يتمتع على مستشارى كل محكمة من محاكم الاستئناف أن يشتروا حقوقاً متنازعة فيها يكون النزاع المتعلق بها داخلاً في اختصاص تلك المحكمة ، ولو كان موضوع النزاع يجعل الحكم فيه غير قابل للاستئناف . ويمتنع على مستشارى محكمة النقض أن يشتروا أى حق متنازع فيه فى أى جهة من أنحاء الجمهورية لأن دائرة اختصاصهم تشمل بلاد الجمهورية كلها . ولكن يجوز لقاضى المحكمة الكلية أو لمستشار محكمة الاستئناف أن يشترى حقوقاً متنازعة فيها اذا كان نظر النزاع المتعلق بها من اختصاص محكمة أخرى غير التي يعمل في دائرتها .

وبرى الفقه أنه يجوز كذلك للقاضى الجزئى أن يشترى حقوقاً متنازعة فيها مما يدخل في اختصاص قاض جزئى آخر ، ولو كان القاضيان تابعين لمحكمة كلية واحدة (١) . غير أن محكمة استئناف مصر قضت بعكس ذلك اذ قررت أن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يعتبرون فى حكم من يؤدون وظائفهم فى دائرة المحكمة الكلية كلها ، لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها بل هى محاكم متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية ، ووكلاء النيابة والقضاة فيها معينون أصلاً فى المحاكم الكلية ، ثم يندبون للعمل فى الجزئيات (٢) .

(١) أنظر فى هذا المعنى السهنورى ج ٤ نبذة ١١١ ص ٢١٥ .

(٢) استئناف مصر ١٣ يونيه ١٩٣٢ المجلد ١٤-٢-٢٤١-١٣٠ وفى هذا المعنى

ليب شنب ص ٢٧٩ و ٢٨٠ .

وبالنسبة لأعضاء النيابة العامة يمنع على كل منهم شراء الحقوق المتنازع فيها التي يكون نظرها من اختصاص المحكمة التي يعمل فيها ، وبناء عليه يمتد هذا الحظر فيما يتعلق بالنائب العام وكذلك المحامين العامين وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض الى الحقوق المتنازع عليها في جميع أنحاء الجمهورية^(١) .

ولأن المحامي لا يتقيد بالمرافعة أمام محكمة معينة ، بل يتقيد فقط بدرجات المحاكم وبالجهات القضائية ، فإن المحامي المقبول للرافعة أمام المحاكم الجزئية يتمتع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها التي تدخل في اختصاص أى محكمة جزئية من محاكم الجمهورية ، والمحامي المقبول للرافعة أمام المحاكم الكلية يحرم عليه شراء أى حق متنازع فيه لأنه يجوز له أن يباشر عمله أمام جميع المحاكم الكلية . وهذه المحاكم في مجموعها يشمل اختصاصها جميع أنحاء الجمهورية^(٢) .

ورأى بعض الشراح أن تعميم المنع على هذا الوجه بالنسبة الى المحامين يصف بمحققهم لمحاولوا التصديق منه ، وذهب بعضهم الى قصره على المحامي الذي يكون موكلاً عن أحد المتنازعين في الحق موضوع البيع^(٣) . ورأى آخرون أن يقتصر المنع على المحامين الذين يترافعون عادة أمام المحكمة التي

(١) الشورى ج ٤ ص ٢١٦ .

(٢) وقبل توحيدها كانت النيابة العامة المحاكم الشرعية والمختطة والمالية ، كان مسلماً أنه اذا كانت المتنازعة من اختصاص المحاكم المدنية ، فإن ذلك لا يمنع المحامي الشرعي من شراء الحق المتنازع فيه . واذا كانت المتنازعة من اختصاص المحاكم الشرعية ، جاز للمحامي أمام المحاكم المدنية ان لا يمكن مقيداً في الوقت ذاته أمام المحاكم الشرعية أن يشتري الحق المتنازع فيه .

(٣) انظر في هذا المعنى استئناف مصر ٢٠ يونيو ١٩٣٣ المحاماة ١٤ - ٢ - ٢٤٥ - ١٣١ ولقد جاء فيها أنه اذا تمت إجراءات البيع ورسو المزايا أمام المحكمة المختصة ولم يكن المحامي المتعدي من المهنيين أمامها ، صح البيع .

(٤) خصي زغلول ص ٢٢٦ .

يقع النزاع في دائرة اختصاصها^(١) . ولكن كثرة الشراح ترى ازاء عموم النص اطلاق التعميم بالنسبة الى المحامين ، وتطبيق النص في كل الأحوال التي يكون فيها للدعوى حق المرافعة أمام المحكمة التي يدخل النزاع في دائرة اختصاصها^(٢) .

١١٤ - استثناء : يجوز استرداد عمال القضاء ما عليهم من موقوف متنازع فيها -
تنص المادة ٤٦٩ على أنه : اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع ، أى أنها تميز للمدين في دين مدعى عليه به أن يسترد هذا الدين من مشتريه فيحل محل الدائن الأصلي قبل نفسه ، ويتخلص بذلك من هذا الدين في مقابل ثمن هو في الغالب أقل من مقدار الدين .
ولكن اذا كان المدين في هذا الدين المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء المذكورين في المادة ٤٧١ متقدمة الذكر ، أيجوز له أن يستند الى المادة ٤٦٩ لاسترداد الدين من مشتريه ؟ أم يعتبر هذا الاسترداد شراء لحق متنازع فيه ، فيحرم عليه بالشروط المنصوص عليها في المادة ٤٧١ ؟

قد يتبادر الى الذهن أن الاسترداد المذكور يعتبر شراء لحق متنازع فيه يقع تحت المنع الوارد في المادة ٤٧١ ، لأنه اذا كانت المادة ٤٦٩ قد أجازته ، فان حكمها لعمومه يكون مفسوخا فيما يتعلق بعمال القضاء بحكم المادة ٤٧١ لخصوصه ، ولأن حكم المادة ٤٦٩ قصد به مراعاة مصلحة المدين في حين أن حكم المادة ٤٧١ قصدت به المصلحة العامة ، وهي أولى بالتغليب من مصلحة المدين الخاصة .

(١) طرعى نيفة ٩٠٢ ، قرب أيضا اسماعيل قاتم ص ٤٧ و ٤٣ ، ليب شلب نيفة ٢٣١ .

(٢) السهوي ج ٤ ص ٢١٦ ، المالكي وحمزة ص ٢٢٥ طامس ١ ، أنور سلطان

نيفة ٤٣٣ ص ٤١٣ ، البدر اوى نيفة ١٢٤ ص ١٨٤ ، منصور نيفة ١٢٣ ص ٢٨٤ .

غير ان هذا الراى مرهود بأن الحكمة التى من أجلها تقرر الاستثناء المنصوص عنه فى المادة ٤٧١ هى منع عمال القضاء من المضاربة فى الحقوق المتنازع فيها ومن استغلال نفوذهم بشأنها أو منع تعرضهم للشبهات فيما يتعلق بها . أما اذا كان رجل القضاء مدعى عليه بدين ينازع فيه ثم يبيع هذا الدين بشمن معين ، وأراد رجل القضاء أن يضع حدا لهذه المنازعة فى مقابل وقائه الثمن الذى دفعه مشترى هذا الحق ، فإن هذا أبعد ما يكون عن فكرة المضاربة واستغلال النفوذ ولا عمل فيه لأية شبهة ، فلا معنى لتحريمه عليه^(١) .

وهذا الراى الأخير أخذ واضع المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح التقنين المدنى حيث قال ان حكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل فى حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء . فإذا باع الدائن حقا متنازعا فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلا بطلانا مطلقا كما تقدم ، ولا يكون للدين فى هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصرفات والفوائد . اما العكس لجائز ، ويكون لعامل القضاء الذى ينازع فى دين أن يتخلص منه اذا باعه الدائن ، .

١١٥- (نانيا) منع تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه - تنص المادة ٧٢٤ على أنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء اكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار ، والا كان العقد باطلا . ويعتبر هذا النص تطبيقا خاصا لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء . وقد أوردته المشرع لأنه رأى فيه التطبيق الكثير الوقوع فى العمل للتعامل المنصوص عنه فى المادة السابقة ، ولأنه أراد أن يتهز فرصة تحريم شراء المحامين الحقوق المتنازع فيها التى يتولون هم الدفاع عنها ليحرم عليهم كل نوع من أنواع التعامل فى هذه الحقوق ، لا البيع والشراء .

(١) فى هذا المعنى المشهورى ج ٤ ص ٢١٣ نبذة ١١٠ ، اليدرأوى نبذة ١٢٨ ، منصور نبذة ١٢٤ ص ٢٨٣ ، ليبب شنب نبذة ٢٣٧ ص ٢٨٢ .

فقط . فالنص يحرم التعامل المحامى مع موكله في الحق المتنازع فيه اذا كان هو الذى تولى الدفاع عنه ، سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره ، فلا يجوز للمحامى أن يشتري من موكله الحق المتنازع فيه ، ولا أن يشاركه فيه ، ولا أن يتفق معه على أن يتولى هو مباشرة التقاضى بشأن هذا الحق بمصروفات من عنده

في مقابل نصيب معين مما يحكم به . Pacte de quota-litis .

وكذا لا يجوز للمحامى أن يتعامل في ذلك باسمه ، كذلك لا يجوز له أن يتعامل فيه باسم مستعار (١) .

والفرض من هذا التحريم أن لا يستغل المحامى عليه لايهام موكله بضمف مركزه في قضيته ، فيحصل منه على مزايا كبيرة تفوق ما يستحقه من أتعاب عادلة في خدمة القضية . ولذلك لا يكون ثمة مانع ، اذا ما انتهى النزاع وصدر الحكم لصالح الموكل ، من أن يتعامل المحامى مع موكله في الحق الذى كان متنازعا فيه .

واذا وقع اتفاق المحامى مع موكله باطلا بسبب هذا التحريم ، لم يمنع ذلك المحامى من أن يطلب الى المحكمة تقدير أتعابه تقديرأ عادلا بقطع النظر عن ذلك الاتفاق الباطل .

(١) ويجب أن يبين الحكم أن الشخص الذى حصل التعاقد باسمه كان شخصاً مستتراً لحساب المحامى ، ولا يكتفى أن يكون التعاقد تم باسم ولى المحامى (قضى مدنى ١٩ مارس ١٩٦٤ بمجموعة أحكام للمجلس ١٥-٣٨١-٦٣ وقد جاء فيه قوله : « تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على المحامين التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمائهم أو باسم مستعار والا كان القيد باطلا - فاذا كانت الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته ولىاً طبيعياً على ولىه المعاصرين وحاً ليس ممن تضمنهم المظر الوارد بالمادة المذكورة ، فلا يكون القيد باطلا الا اذا ثبت أنها كانت اسماً مستتراً لوالدها الطاعن الأول . فاذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المتأقضى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما اذا كان اسم المقتري مستتراً من عدمه ، وكان ذلك دافعا جوهريا يغير به وجه الرأى في الدعوى ، فان الحكم المطعون فيه اذا أغفل الرد على هذا الدفاع ونفى بالاطلاق دون التثبت من أن المقتري كان اسماً مستتراً للطاعن يكون مغنيا بالنقص والخطأ في تطبيق القانون » .

١١٦- (ثالثاً) مظهر شراء أطيان زراعية ترفع مجموع ما يملكه المشتري من
الأطيان إلى أكثر من مائة فدان - نص المرسوم بقانون رقم ١٧٨/١٩٥٢ بشأن
الاصلاح الزراعى الصادر فى ٩ سبتمبر ١٩٥٢ فى مادته الأولى على أن
ولا يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضى الزراعية^(١) أكثر من مائتى فدان،
وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً ولا يجوز تسجيله .
ثم خفض هذا الحد الأقصى للملكية الزراعية الى مائة فدان بالقانون رقم
١٢٧ / ١٩٦١ . ومؤدى ذلك أن كل من كان يملك فيما بين سنة ١٩٥٢ و ١٩٦١
مائتى فدان فأكثر ، أو منذ سنة ١٩٦١ مائة فدان فأكثر يحظر عليه أن
يشترى أطياناً زراعية أخرى ، ويعتبر هذا الحظر متعلقاً بالنظام العام^(٢) ،
فيقع كل عقد مخالف له باطلاً من تلقاء ذاته ودون حاجة الى نص خاص فى
قانون الاصلاح الزراعى على هذا البطلان طبقاً لنص المادة ١٣٥ مدنى
التي تقضى بأنه اذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان
العقد باطلاً .

فاذا كان المشتري يملك قبل الشراء أقل من الحد الأقصى المشار اليه
وتعاقد بالشراء على قدر من الأطيان يرفع مجموع ما يملكه عن ذلك الحد
الأقصى ، لحق البطلان العقد فيما يجاوز الحد الأقصى ، وصح العقد فيما دون
ذلك وفقاً للمادة ١٤٣ مدنى ، الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بنفي الشق الذى
وقع باطلاً ، فيبطل العقد كله .

هذا هو حكم حظر الشراء فيما بعد صدور كل من القانونين المذكورين .

(١) أنظر فيما يتعلق بجميع ما لا يجزأ أرضاً زراعية فى تطبيق أحكام هذا القانون ما سيجىء .
فى ص ٢٠٤ ملحق ١ .

(٢) نص مدنى ٢٤ نوفمبر ١٩٥٧ مجموعة أحكام التفسير ٨ - ٧٨٨ - ٨٨ .

ولكن ما حكم العقود التي أبرمت قبل سريان هذا الحظر اذا كان يترتب على اعمالها مجاورة الحد الأقصى الذي عينه القانون بعد ابرامها .

ظاهر أنه اذا كانت تلك العقود قد سجلت وترتب عليها انتقال الملكية قبل سريان الحظر الجديد ، فانه لا يمكن أن يلحقها البطلان لأن الحظر المذكور لم يجعل له القانون أثراً رجعياً . غير أن القدر الزائد عن الحد الأقصى للملكية الزراعية يقع تحت حكم الاستيلاء المنصوص عليه في المادة ٣ من القانون ، فقتسولى جهة الاصلاح الزراعى على قدر من الأطين المملوكة لهذا المشتري يوازى الزيادة عن الحد الأقصى المقرر قانونا وتطبق على هذا الاستيلاء أحكام قانون الاصلاح الزراعى .

أما العقود التي أبرمت ولم تسجل قبل سريان الحظر الجديد ، فقد ثار بشأنها خلاف ، أعتبر عقوداً صحيحة طالما أنها قد تمت في وقت كان ابرامها فيه مباحا وطالما أن القانون لم ينص على سريان الحظر بأثر رجعى ، وبناء على ذلك يجوز تسجيلها ويكون حكم ملكية المشتري فيها حكم الحالة السابقة أى التي يكون فيها المشتري قد تعاقد وسجل عقده قبل سريان الحظر (١) ؟

(١) أخذت بهذا الرأي الأول محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١١ أبريل ١٩٥٧ في الاستئناف رقم ٣٠٥ سنة ٧٣٣ المرفوع من عبد المال التونسي ضد شركة كوم أو ميو (راجع ضمن نفس مدنى ٢٥ أبريل ١٩٦٣ مجموعة أحكام القنى ١٤ - ٦٢٠ - ٨٧) . ولوحظ أن الأخذ بهذا الرأي قد يفتح الباب واسعا للهرب من حكم الاستيلاء المقرر في المادة ٣ من القانون ، إذ يتبع لمن كانوا يملكون أكثر من الحد الأقصى ابرام عقود بيع تالية لسريان الحظر وتأريخها بتاريخ سابق عليه ، فيسح لهم ذلك بتسجيل تلك العقود والتزول على كتبهم من هذا الطريق عن الحد الأقصى المسموح به ، فيفلتون من حكم الاستيلاء المشار اليه . وقاديا لذلك ذهب القائلون بهذا الرأي الى وجوب قصره على العقود التي ثبت تأريخها بوجهه سى قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ ، واستندوا في ذلك الى نص المادة ٣ فقرة ٣ التي تقول ولا يتد في تطبيق أحكام هذا القانون :

(١) بصرفات المالك ولا يارحوت التي لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولي ١٩٥٢ ، وطالما أنه يؤخذ من هذا النص بطريق مفهوم الحفاة أنه يتد في تطبيق أحكام هذا القانون بصرفات المالك التي ثبت تاريخها قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ .

غير أن هذا الجيد الذى أريد به تهيد ذلك الرأي الاول مردود ، بأن حكم المادة ٣

أم تبطل هذه العقود ويمتنع تسجيلها أيا كان تاريخها ما دامت لم تسجل قبل
سريان الحظر الجديد؟

والراجع هو هذا الرأي الأخير باعتبار أن الحظر الجديد يتناول آثار
هذه العقود وأن القاعدة في شأن القوانين الجديدة المعدلة لآثار العقود أنها
مق كانت متعلقة بالنظام العام تسرى من وقت العمل بها^(١) على آثار

الذى ورد فيه هذا القيد حكم مختلف ومتميز ومستقل كل الاستقلال عن حكم المادة الأولى
الذى وردت في صيغة عامة مطلقة من كل قيد ، فالأول خاص بالاستيلاء على ما يجاوز الحد الأقصى
وما يستد به وما لا يستد به فيه من تصرفات صحيحة ومسجلة سبق أن ترتب عليها انتقال الملكية
وقت صدور القانون ، وتأخذ حكم الاستيلاء عليها حيث أراد المذرع أن يطبق هذا الحكم على
الملكيات التى تصرف فيها أصحابها بقود مسجلة فى الفترة ما بين ١٩٠٢/٧/٢٣ وتاريخ صدور
قانون الإصلاح الزراعى ١٩٥٢ ، قص على أن لا يستد بهذه التصرفات فى تطبيق
حكم الاستيلاء ، أى أن هذه الاطيان تعتبر فى هذا الشأن باقية على ملك صاحبها الأصل (البائع)
وتدخل فى حساب الحد الأقصى المسموح له به ، الا اذا ثبت أن التعاقد عليها بالبيع قد تم فعلا
قبل قيام الثورة فى ١٩٥٢/٧/٢٣ ، فتختفى شبهة حصوله بغصب النهرب من حكم الاستيلاء ،
ويجوز الاعتداد به .

أما العقود غير المسجلة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعى ، فلأنها لم تكن تحت الملكية
من الباتمين بها الى المشترين ، فلم يكن ثمة محل للاعتداد بها فى حساب الحد الأقصى للملكية
الذى حدده هذا القانون أيا كان تاريخها وذلك طبقا لقواعد العامة ، وبالتالي لم يكن ثمة محل
لتفصيل عدم الاعتداد بها بوجوب ثبوت تاريخها قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ ، الأمر الذى يجعل محل
منطوق نص المادة ٣ المشار اليه هو العقود المسجلة دون غيرها والقيده الوارد على هذا المحل
لترتيب المنطوق ، أى حكم عدم الاعتداد ، هو أن تكون تلك العقود ليس لها تاريخ ثابت قبل
تسجيلها وسابق على ١٩٥٢/٧/٢٣ ، فيكون المفهوم الخالف لحكم هذه المادة هو العقود
المسجلة الى لها تاريخ ثابت قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ وحكمه هو الاعتداد بها فى حساب الحد الأقصى
للملكية . وظاهر أنه يتناول أسراً مختلفا كل الاختلاف مما يتناول حكم المادة الأولى الى
نصت على إعلان العقود التى ترضع ملكية المشترى لأكثر من الحد الأقصى وعلى عدم جواز
تسجيلها .

(١) انظر كتابنا فى شرح القانون المدنى ج ١ فى المسئل وشرح الباب التيمفى ط ١٩٦٢

العقود القائمة (٢).

(٢) يضاف الى هذه القاعدة العامة اعتبار خاص بماتون اصلاح الزراعي بقدرات ، فلك الأول على بطلان العقود التي تؤدي الى مخالفة هذا الحد وعلى عدم جواز تسجيلها قد ربط تخفيها لهذا الهدف بين العقود ذاتها وبين احتمال الملكية بموجب تسجيل هذه العقود ، فنظر الماطد الذي يراد به نقل الملكية والى الاجراءات التالية له اللازمة لتعليها فلا حتى تمام التسجيل باعتبارها كلاً لايجزأ من حيث انها عملية قانونية نافذة للملكية ، لأن الذي يبنى المصراع في هذا القانون بالذات هو ثبوت الملكية فلا لا مجرد التعاقد عليها .

وهذا النظر وحده هو الذي اقتضى أن ينس الشارع في الفقرة الثانية من المادة الأولى على بطلان العقود التي تؤدي الى مخالفة مبدأ التحديد وعلى عدم جواز تسجيلها ، لأن هذا النص لا يحتاج اليه فيما يتعلق بالعقود الجديدة التي تميم بعد صدور القانون ، اذ يمكن استغناء حكمه في شأنها بمجرد ثبوت تعلق مبدأ تحديد الملكية بالنظام العام ، وانما وجدت الحاجة الى هذا النص نظراً لرغبة الشارع في سريان حكمه على جميع العقود التي يكون قد بدى في الاثاق عليها أو في اتخاذ الاجراءات اللازمة لاحداث أثرها في نقل الملكية قبل صدور القانون طالما أنها لم تنته الى نتيجتها من حيث هل الملكية الى حين صدور ذلك القانون ، فليس على بطلانها وعلى عدم جواز تسجيلها .

وقد جاءت عبارة المصراع صريحة فاطمق هذا المعنى اذ انه لم يقتصر على النص على عدم جواز تسجيل هذه العقود ، الأمر الذي كان يمكن تأويله بأنه اعتبرها صحيحة واكتفى بمحمل تنفيذها مستجيلاً ، مما يؤدي الى اضعافها بقوة القانون . بل نص صراحة على بطلانها ، الأمر الذي يدل على أنه نظر اليها في هذا القانون بالذات باعتبارها عقوداً نافذة للملكية تمر بمرحلة واحدة حتى يكتمل لها وجودها الناقل للملكية باجراء التسجيل .

ولقد افصح المصراع نفسه عن هذا القصد عندما عدل نص المادة الأولى المشار اليها بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، فقد أضاف هذا التعديل الى النص الأصلي وصف العقد بأنه ناقل للملكية ، فأصبح نص الفقرة الثانية من المادة الأولى بعد التعديل كما يلي :

« وكل تعاقد ناقل للملكية يرتب عليه مخالفة هذه الأحكام يقع باطلا ولا يجوز تسجيله » .

بين من استعمال المصراع عبارة « كل تعاقد ناقل للملكية » بعبارة « كل عقد » أنه أراد زيادة اوضح ما يقصده بالتعدي الذي قرر في هذا النص بطلانه وعدم جواز تسجيله ، وأنه لا يمتي التوافق بين الإرادة بين حسب ، فلك التوافق الذي يتم في لحظة واحدة هي لحظة اقراران القبول بالإيجاب ، ولتأخير التعاقد الناقل للملكية بأكله في أي مرحلة من مراحل تكونه طالما أنه لم يكتمل له بعد وقت صدور قانون اصلاح الزراعي . بوجوده الناقل للملكية .

وكان الهدف الذي يوجه المصراع من اصلاح قانون اصلاح الزراعي — وهو تحديد الملكية الزراعية ابتداء من تاريخ الصلح بين هذا القانون — هو ذاته الذي اقتضى النظر اليه الجدد =

وقد أخذت بذلك محكمة النقض عند ما قررت في حكمها الصادر في ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ أن حكم الشفعة يأخذ حكم العقد، فقد كان طالب الشفعة قد رفع دعواه في سنة ١٩٥٠ ليأخذ بالشفعة صفقة تمت بمقدم سجل في مارس ١٩٥٠ . وصدر قانون الإصلاح الزراعي في سنة ١٩٥٢ في أثناء نظر دعوى الشفعة في الاستئناف ، فقضت محكمة الاستئناف برفض طلب الشفعة تأسيساً على أن المستأنف يملك أكثر من ألف فدان وأن قانون الإصلاح الزراعي لا يبيح له الاحتفاظ بأكثر من مئتي فدان وأن المستأنف يهدف إلى الحصول على حكم بالشفعة يحله محل المشتري في الصفقة وأن مثل هذا الحكم يكون مخالفاً لقانون الإصلاح الزراعي الذي يقضى بإعلان كل عقد يترتب عليه مخالفة مبدأ تحديد الملكية الزراعية الذي يعد من النظام العام . ولما طعن في هذا الحكم رفضت محكمة النقض الطعن وأيدت الحكم المطعون فيه وقالت في تأييده : « أن ذلك القانون (قانون الإصلاح الزراعي) قد وضع بما نص عليه في المادة الأولى منه قاعدة هي من قواعد النظام العام ، ومن ثم فإن أحكام هذا القانون تسرى على الوقائع السابقة على صدوره ما دام أنه لم يصدر في خصوصها حكم نهائي . . . وأن حكم الشفعة وإن كان سبياً مستقلاً لكسب الملكية إلا أنه يأخذ حكم العقد ، إذ يحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفع ، لأن الملكية في حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل ارادى من جانب الشفع ، وهو ما هدف المشرع

== التعليل للملكية في مختلف المراحل تكونه — طالما أنه لم يتم تسجيله — باعتباره كلاً لا يجزأ ولا زال في دور التكوين حتى أدركه قانون الإصلاح الزراعي فقرر إعلاناً له عدم جواز تسجيله .

ولذلك جاءت عبارة الفقرة الثانية من المادة الأولى في صيغة مطلقة شاملة كل العقود الخالصة للملكية مادام لم يكتمل وجودها التعليل للملكية ، أي مادام لم يتم تسجيلها ، سواء منها ما يبدى في حياته بعد صدور القانون وما كان في دور التكوين قبل ذلك ، أي ما كانت المرحلة التي وصل إليها هذا النوع من العقود وقت صدور القانون ، وأياً كان تاريخ البدء في تكوينه أو تاريخ أي مرحلة من المراحل التي يمر بها . وحتى كان النص قد ورد مطلقاً فلا يسوغ الانحياز في تفسيره ، وخاصة إذا كان إطلاقه قد انخفضت حكمة التصريح فاتها .

الى تعريضه اذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان،^(١).

١١٧ - (راجعا) مقرر شراء الأجانب للأراضي الزراعية والصحراوية

عموما أو الصفقات الواقعة بمناطق الحدود - صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ يمنع تملك غير المصريين، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين، الأراضي الزراعية وما فى حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والأراضي الصحراوية بالجمهورية العربية المتحدة، وكانت أحكام هذا القانون لا تسرى بالنسبة للأراضي التى تملكها الأجانب قبل العمل به، وكان ذلك القانون ذاته قد نص فيه على استثناء عدة حالات أجاز فيها للأجانب تملك الأراضي الزراعية حتى بعد العمل بأحكامه، وكان هذا وذاك سببا فى اضماف أثر هذا القانون وعدم تحقيق الغرض منه كاملا.

ورغبة فى تلافى هذا النقص واستكمالاً لسيادة الدولة وتحقيقاً لسياساتها الاشتراكية فى توزيع أكبر قدر من الأراضي الزراعية على صغار الفلاحين لرفع مستوى معيشتهم صدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ على غرار قانون اصلاح الزراعى، فقرر مبدأين أساسيين هما : (١) حظر تملك الأجانب الأراضي الزراعية وما فى حكمها، (٢) أيلولة الأراضي الزراعية وما فى حكمها المملوكة الى أجانب وقت العمل بهذا القانون الى الدولة، وحل هذا القانون عمل القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١.

وقد نصت على الحظر المشار اليه المادة الأولى من القانون الجديد حيث قضت بأن : يحظر على الأجانب سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين تملك الأراضي الزراعية وما فى حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والبور والصحراوية

(١) تنص مدنى ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ بمجموعة أحكام التضى ٨ - ٧٩٨ - ٨٨ .

في الجمهورية العربية المتحدة ، ويشمل هذا الحظر للملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع .

وظاهر من أهداف هذين القانونين أن الحظر الذي نصا عليه يتعلق بالنظام العام، فكل اتفاق يخالفه يقع باطلا بطلاناً مطلقاً لمخالفته الحظر المشار إليه ، وبناء على ذلك أصبح لا يجوز لغير المصرى أن يشتري منذ تاريخ العمل بالقانون رقم ١٩٥١/٣٧ أرضاً زراعية أو ما في حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والأراضي الصحراوية في الجمهورية العربية المتحدة ولو اقتصر على شراء ملكية الرقبة أو حتى حق الانتفاع وحده. فإن اشترى شيئاً من ذلك كان عقده باطلا ولا يترتب عليه أى أثر .

غير أنه يلاحظ أن هذا الحظر لا يسرى على الأراضي الداخلة في نطاق المدن والبلد التي تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تقسيم الأراضي المعدة للبناء (وهي المدن والقرى التي تسرى عليها لائحة التنظيم) إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأطنان إذ أن هذه الأراضي لا تعتبر أراضي زراعية في تطبيق هذا القانون (المادة الأولى فقرة ثانية من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ السالف ذكره ^(١)) ، كما أنه لا يسرى على الفلسطينيين

(١) والمقصود بذلك كما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون الأراضي غير المستغلة في الزراعة فلا قبل السبل بأحكام القانون إذا كانت داخلة في نطاق المدن والبلد الخاضعة لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وغير خاضعة لضريبة الأطنان .
ولم يرد في قانون الإصلاح الزراعي مقال لهذه الفقرة ، ولكن صدر في هذا الشأن قرار تفسير تفسيري لقادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١٧٨ يقرر أنه لا يعتبر أرضاً زراعية في تطبيق أحكام قانون الإصلاح الزراعي الأراضي الخاضعة في كودون الينادر والبلاد إذا كانت قد صدرت مراسيم بتجسيدها طبقاً لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ في مدور قانون الإصلاح الزراعي .

وقررت اللجنة العليا للإصلاح الزراعي (في جلستها القضائية) أن قضاء هذه اللجنة قد استقر على أن التفسير التفسيري المشار إليه غير ملزم لكل الحالات التي تعتبر فيها الأرض من أراضي البناء التي تخرج عن مدلول المادة الأولى من القانون رقم ١٩٥٢/١٧٨ وأن اعتبار

== الأرض أرضاً زراعية أو من أراضي البناء لم يحمل له القانون ميلاً واحداً فأنما بذاته سواء أكان هنا الميلاء واقعياً أو قانونياً بل ترك كل حالة ينفي عنها موقعها في الطبيعة وتصح عن حقيقتها ظروفها وما يكفلها من معالم وبيانات تجعل لها مظهر أراضي البناء أو الأراضي الزراعية، وأن هذه اللجنة ترى أن تكشف عما يدل على طبيعة الأرض مستهدية في ذلك بما يتفق مع واقع الحال الذي لا يختلف فيه النظر ولا يتأرجح فيه الرأي . وفي سبيل توضيح الاسر ترى اللجنة التفرقة بين القرى وبين المدن والبنادر .

فما لا يحتدل الجدل أن أراضي القرى هي في الأصل من الأراضي الزراعية وأن ما يبين فوقها من المساكن لم يكن الا لا يواء الفلاحين والزراعيين يقومون على خدمة هذه الأراضي فلا يمكن أن يمدن أراضي البناء فيها الا الاراضي التي تضم المساكن فلا أو الأراضي المملوكة بها والمعدة لحديثها أو الأراضي الغضاء التي تقع في وسط هذه المساكن ولا يقوم أي شك في أنها مخصصة للبناء . وأما غير ذلك فهي من الاراضي الزراعية أخذنا بالاصل فيها .

وأما المدن والبنادر فأنها تضم خلطاً من موطن المصالح الحكومية على اختلاف أنواعها والصناعات والتجار وعمال المصانع والمزارعين الذين تركوا القرية لتربية أولادهم في المعاهد والمدارس التي لا توجد في القرى أو لأى سبب آخر ، فهم في مجموعهم لا يقومون على خدمة الأراضي الزراعية في الأعم من الاحوال . وهذه البلاد تقوم على شؤون التنظيم فيها جهة حكومية خاصة وهي تتوقع تكاثف السكان وازديادهم المضطرب فتجس للمدينة أو البندر كردونا أي حدا متوأمًا أن تصل اليه المساكن في فترة تقصر أو تطول وقد تبلغ في طولها عشرات السنين ، فلا يمكن أن يمد مدى هذا المد من أراضي البناء بل يبقى على ما هو عليه من الأراضي الزراعية حتى يصل اليه العمران . ولكن الذي يفرق بين أراضي البناء والأراضي الزراعية هو حد للسكان الذي وصل اليه عمران البندر . وما وراءه ويتصل بالأراضي الزراعية فهو منها وإن كان داخلًا في حدود الكردون . ومن المشاهد أن الأبنية المستندة في كثير من المدن والبنادر تنبج الى نواح يتغلغلها الهواء الطلق والبعد عن مواقع المصانع والمعامل والأحياء القديمة الضيقة أو القرية من المصالح الحكومية وينفض أحياء جديدة على مسافات متفاوتة بدءاً أو قرباً من الأبنية القديمة وهي في كل ذلك لا تخرج عن كردون المدينة وتصل اليها جميع المرافق وتتغلغلها الطرقات المرسوقة التي تتولى سلطة التنظيم تنظيها نهراً وأغارتها ليلاً . وهذه الأحياء الجديدة في زحفها شرقاً أو غرباً تزيد عن حد المساكن وتعمل الأراضي التي بينها وبين الأحياء القديمة من أراضي البناء ، وعلى ذلك فانه يمد من أراضي البناء في المدن والبنادر: (أولاً) الأراضي المقامة عليها المساكن فلا .

(ثانياً) الأراضي التي امتد اليها العمران داخل حد الكردون .

(ثالثاً) الأراضي التي تقع ما بين الأحياء القديمة والأحياء الجديدة مادامت البيشة القائمة على التنظيم قد تولت شؤون الطرق والفراخ التي تصل ما بينها حتى بدت المدينة بهذا الوضع كتلة واحدة ، وعلى ذلك فان جميع الأراضي التي تقع على جانبي هذه الطرق وهو وسط أحياء المدينة المختلفة تمتد من أراضي البناء حتى لو كانت مفتوحة بالزراعة لأن ذلك يمسد من طرق

حيث نصت المادة الأولى فقرة ثالثة من القانون ١٩٦٣/١٥ على استثنائهم مؤقتاً من هذا الحظر .

ولأن كلام القانونين رقم ١٩٥١/٢٧ و ١٩٦٣/١٥ قد حظر تملك الأجانب أرضاً زراعية من تاريخ العمل به ، فإنه لا يقتصر على منع تعاقد الأجانب بالشراء فحسب بل يمتد أثره الى منع تسجيل عقود الشراء التي أبرمت صحيحة قبل العمل به اذا لم يكن قد تم تسجيلها ، وبالتالي يصبح تنفيذها مستحيلاً استحالة تامة ، فتفسخ بمجرد صدور القانون قاضياً بحظر انتقال الملكية الى المشتري الأجنبي ، ويتعين إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل

== الاستئثار الوقتية التي لا تتعارض مع طبيعة الأرض ، كما لا يزال منه الحقيقة عنها أنه لم يصدر قرار بتقسيمها وذلك لأن التقسيم غير واجب الا عند تجزئة هذه الأرض لبيعها لأقامة مبان عليها ، وقد لا يرغب المالك لسبب أو لآخر بيع هذه الأراضي في وقت سين وذلك طبقاً للعادة الأولى من القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ (اللجنة العليا للإصلاح الزراعي ٢٥ يونيو ١٩٥٩ الخيام ٤٠ - ١٠٩٥ - ٣٢٥) .

بين من ذلك أن مسألة تمييز الأراضي التي لا تعتبر أراضي زراعية في تطبيق قانون الإصلاح الزراعي ، سواء من حيث تحديد أجرتها أو مدة اجارتها أو حساب الحد الأقصى للملكية الزراعية أو قواعد الاستيلاء ، قد مرت بثلاث مراحل : الأولى بدأت بمرار التمييز التفرسي انحصار إليه فيما تخدم وفيها اشترط لخراج الأرض من أحكام قانون الإصلاح الزراعي . (١) أن تكون داخلية كحدود المدن والبادر ، (٢) وأن يكون صدر بتقسيمها قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي مرسوم طبقاً لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ .

ثم رأت اللجنة العليا للإصلاح الزراعي في حكمها الصادر في ٢٥ يونيو ١٩٥٩ أنه لا يلزم أن يكون قد صدر مرسوم بتقسيم الأرض قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي وأنه يكفي أن تكون الأرض قد أقيمت عليها المساكن فلا أو أن تكون داخلية في حدود السكردون وامتد إليها العمران أو تخطها بحيث أصبحت تضم بين أحياء قديمة وأخرى جديدة وتوالت الهيئة القائمة على التظلم بشؤون الطرق والفوارج التي تصلها بينها .

وأخيراً استقر رأى المصراع في القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ الخس بدم تملك الأجانب أراضي زراعية ، على الاكتفاء في انحصار الأرض غير زراعية بأن تكون داخلية في حدود كروون اسمن والبلاد الناحية للأمانة التنظيم وغير خصصة لضرية الألمان أي دون حاجة الى أن يكون صدر بشأنها مرسوم تقسيم ولا في أن يكون امتد إليها العمران فلا .

وهذا التصديق يمكن اتباعه في تطبيق أحكام كل من قانون الإصلاح الزراعي وقانون حظر تملك الأجانب أراضي زراعية لأحكامها فيها .

التعاقد ، فيرد البائع الى المشتري ما قد يكون قبضه من الثمن ^(١) . أما العقود التي تم تسجيلها لصالح المشتري الاجنبي ، فتكون قد نقلت اليه الملكية وتؤول هذه الملكية منه الى الدولة وفقا للمادة ٢ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ، ويستحق عنها تعويضا وفقا للمادتين ٤ و ٥ من هذا القانون ، ويبقى ملتزما ازاء البائع اليه بياقي الثمن ان لم يكن وقاه كله .

ولأن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ قد نص في مادته الثانية على أن تؤول الى الدولة ملكية الاراضى الزراعية وما في حكمها من الاراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية المملوكة للأجانب وقت العمل بهذا القانون بما عليها من المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والاشجار وغيرها من الملحقات الاخرى المخصصة لخدمتها فان مقتضى ذلك حظر بيع الاجنبي الاراضى المملوكة له في تاريخ العمل بهذا القانون ، وبالتالي حظر شرائها على أى شخص ولو كان مصريا ، فيقع تصرف الاجنبي في تلك الاراضى باطلا ولو لمصرى لأنه يكون تصرفا منه فيها لا يملك بل تصرفا واردا على مال أصبح مملوكا للدولة بمقتضى قانون متعلق بالنظام العام . .

فاذا كان الاجنبي قد تصرف الى مصرى بمقد لم يسجل قبل صدور الحظر المذكور ، فان كان ذلك قبل صدور القانون رقم ٣٧ / ١٩٥١ ، جاز تسجيل التصرف لصالح المصرى لأن القانون المذكور أبقى الملكية للأجنبي

(١) يلاحظ الفرق في هذا الشأن بين القانونين رقم ٣٧ / ١٩٥١ ورقم ١٥ / ١٩٦٣ ونس قانون اصلاح الزراعى حيث أن الأولين انحصرا على حظر التملك فحسب ، الأمر الذى يستتبع منع تسجيل العقود النافذة للملكية لصالح الاجنبي الى أن برمت قبل صدور أى منها في حين أن الثانى نظر الى القيد الناقل للملكية والى اجراءات تسجيله باعتبارها كلا لا يجزأ ، ففى صراحة على أن كل عقد ناقل للملكية من شأنه أن يزيد الملكية عن الحد الأقصى يقع باطلا ولا يجوز تسجيله . و ترتب على ذلك أن القيد غير المسجل قبل العمل بقانون اصلاح الزراعى يظل مرجع تسجيله . أما القيد غير المسجل قبل السبل بأى من القانونين ٣٧ / ١٩٥١ و ١٥ / ١٩٦٣ لا يظل وانما ينتج تسجيله فقط ، فيرتب على ذلك اقصائه لأبطاله . (راجع ما تقدم في نبرة ١١٦ بشأن قانون اصلاح الزراعى) .

ولم يمنعه من التصرف الى مصرى . أما ان كان بعد صدور القانون المذكور وقبل صدور القانون رقم ١٥ / ١٩٦٣ ، امتنع تسجيل ذلك التصرف لأن هذا القانون نزع الملكية من الأجنبي ونقلها الى الدولة فلم يعد يمكننا نقلها من الأجنبي الى المتصرف اليه ولو كان مصرياً ، ولذا يفسخ العقد لاستحالة تنفيذه كما تقدم بشأن الحالة العكسية حالة شراء الأجنبي أرضاً زراعية لم يتم تسجيل التصرف الخاص بها قبل العمل بالقانون المذكور^(١) .

ومن قبل صدور هذين القانونين اللذين حظرا على الأجانب تملك الأراضي الزراعية بوجه عام ، كان الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ينص في مادته الأولى على أن ، يحظر على كل شخص طبيعي أو معنوي أجنبي الجنسية أن يمتلك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقاراً كائناً بأحد الأقسام التى تقوم على ادارتها مصلحة الحدود .

وقد قضى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٥ باستمرار العمل بالأمر العسكري المذكور . وبناء عليه يكون الأجانب في مصر ممنوعين من أن يشتروا أى عقارات ، ولو كانت من المباني ، تقع في المناطق التى تشرف مصلحة الحدود على ادارتها ، ويعتبر هذا الحظر متعلقاً بالنظام العام لضرورة المحافظة على أمن الدولة الخارجى ، فيقع كل تعاقذ يخالف له باطلاً بطلاناً مطلقاً .

(١) في هذا الحق مصر الاجتهادية (الفترة ١٤ مدنى) بتاريخ ١٤ يونيو ١٩٦٥
في القضية رقم ٣١٤٣ / ١٩٦٤ ، استئناف مصر (المائرة ٣) بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٦٦
في الاستئناف رقم ١٤٤٠ سنة ٨٢ ق في دعوى الحاج عبد العزيز على القضاء ضد الجلسة
الأمريكية بالهجرة (غير منشور) .

الفصل الخامس

جزاء شروط الإنعقاد

١١٨ - إمانة الى قواعده البطون المطلق - اذا انعدم أحد أركان عقد البيع أو لم تتوافر فيه الصفات التي لا يكون له بدونها وجود قانوني ، فان العقد لا يتمعد ، أو يقع باطلا بطلانا مطلقا . سواء نص القانون على ذلك أو لم ينص . فيقع البيع باطلا اذا انعدم فيه الرضا سواء لعدم تمييز أحد الطرفين ، أو اعدم توافق الارادتين على ماهية العقد أو على المبيع أو على الثمن .

ويقع باطلا أيضاً بيع الأموال التي انعدمت وقت العقد ، والأموال الخارجة عن التعامل أو التي لم تعين تعييناً كافياً .

وكذلك يقع باطلا البيع الذي يعقد دون ثمن ، أو الذي يكون الثمن فيه سورياً أو تافهاً أو غير معين ولا قابل للتمييز ، أو الذي يوكل تعيينه الى أجنبي فيمنع هذا عن تعيينه أو لا يتمكن من ذلك . والأمر كذلك أيضاً اذا انعدم سبب التزام أي من البائع أو المشتري أو كان البائع الدافع الى التزام أي منهما مخالفاً للنظام العام أو الآداب .

وإذا دعي منطبق شروط الإنعقاد الى اعتبار البيع الذي يقصد به نقل الملكية فور إنعقاده باطلاً اذا كان البائع غير مالك المبيع وقت العقد . ولكن القانون رتب على هذا البيع أحكاماً لا تتفق في ظاهرها مع البطلان المطلق ، فأدى ذلك الى القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي . غير أنه يلاحظ أن النتائج التي رتبها المشرع على هذا البيع لا تتفق كذلك مع أحكام البطلان النسبي ، ولذلك آثرنا الأخذ في شأنه بنظرية البطلان المطلق (١٤٢ - بيع)

مع تكاملها بنظرية تحول العقد (١) .

ويقع البيع باطلا بطلاناً مطلقاً أيضاً اذا كان القانون يحرمه كما في بيع التركات المستقبلية وبيع الوفاء وبيع الحقوق المتنازع فيها الى عمال القضاء الذين يعملون في دائرة المحكمة التي يقع في اختصاصها نظر النزاع المتعلق بهذه الحقوق (٢) . وقد نص المشرع على البطلان صراحة في هذه الحالات الثلاث (المواد ١٣١ ، ٤٦٥ ، ٤٧١) .

واذا صدر العقد من نائب خارج حدود ولايته ، فانه لا يلزم النائب لانه لم يتعاقد باسمه ولا يلزم الاصيل لانعدام ولاية النائب في الزامه خارج حدود ولايته ، ولكن يجوز للاصيل اقرار العقد فيصبح ملزماً له بموجب هذا الاقرار . ولذلك يتعذر القول بوقوع هذا العقد باطلا طالما أنه يمكن أن ينتج آثاره باقراره من ذي الشأن ، وهو أيضاً لا يصح وصفه بأنه قابل للابطال لأن العقد الذي يوصف بذلك يكون منتجاً جميع آثاره الى أن يحكم ببطلانه فعلاً ، وليس هذا شأن عقد النائب خارج حدود نيابته .

وقد تقدم في نبذة ٦٢ أن القانون حرم على من نبط به بيع مال غيره أن يشتره لنفسه (المادتان ٤٧٩ و ٤٨٠ مدني) ، فان خالف ذلك كان يعمه خارج حدود ولايته اذ يفرض فيه أنه فوض في البيع بأعلى سعر ممكن في حين أن شراءه هذا المال لنفسه يفرض فيه أنه اشترى لصالح نفسه أي بأقل مما يمكن . ولذلك نص القانون في المادة ٤٨١ مدني على أن العقد يصح في هذه الحالة - والمقصود بذلك أنه ينتج آثاره ويصبح بمنجى من الطعن - اذا أجازه

(١) انظر في تفصيل ذلك ما سيجي في القسم الثاني من هذا الكتاب ،

(٢) انظر استئناف مصر ١٣ يونيو ١٩٣٣ المحاماة ١٤-٧-٢٤١-١٣٠ ، مصر الابتدائية ٤ ديسمبر ١٩٣٧ المجموعة ٢٩ رقم ٧٠ المحاماة ٩-٨٤٤-٤٦٢ وقد تأيد هذا الحكم الأخير بحكم استئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٢٩ المجموعة ٣٠-١٥٥-٦٦ ، وانظر أيضاً استئناف مخطوط ٢١ يناير ١٩٤٣ (٥٥ من ٣٤) .

من تم البيع لحسابه . ومؤدى ذلك أن العقد يكون موقوفاً الى أن تلحقه
إجازة من تم البيع لحسابه ؛ فلا هو باطل بطلاناً مطلقاً ولا هو باطل
بطلاناً نسبياً .

ومتى وقع البيع باطلاً بطلاناً مطاقاً ، فإن العقد لا ينتج أى أثر ويعتبر
كان لم يكن . فإذا كان الماقدان أو أحدهما قد نفذ كل أحكامه أو بعضها ،
تعين رد الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد (١) ، وإجاز لمن وفى شيئاً أن
يسترده (٢) . وهذا البطلان لا يزول بالتزول عن التمسك به أو بإجازة العقد ،
ويجوز لكل ذى شأن أن يتمسك به ، بل يجوز للمحكمة أن تقضى به من
تلقاء نفسها . وفى ظل التقنين الملغى كان هذا النوع من البطلان لا يسقط
بالتقادم ، ولكن التقنين الحالى نص فى المادة ١٤١ فقرة ثانية منه على أن
" تسقط دعوى البطلان بمعنى خمس عشرة سنة من وقت العقد ، وتسقط
دعوى البطلان وحدها بمعنى هذه المدة ، أما الدفع به فلا يسقط بأى مدة
ويجوز التمسك به فى كل وقت .

(١) غير أن هذا الأثر الرجعى لبطلان البيع ، لا يمنع المشتري من كسب ملكية المبيع
بسبب آخر من أسباب كسب الملكية إذا تحققت شرائطه القانونية ، كما لو آتت ملكية المين
المبيعة الى المشتري من طريق الاستحقاق فى وقف وحل هذا الوقف (نض مدنى ٣ ديسمبر
١٩٦٤ مجموعة أحكام النض ١٥-١٠٩١-١٦١) .

(٢) وفى ظل التقنين الملغى قضت بعض الأحكام فى شأن بطلان شراء القضاة الحقوق
المتنازع فيها بأنه لا يجوز للقضى المشتري أن يطالب بالتعويض لأن بطلان العقد مبنى على
أن سببه غير معروف (مصر الابتدائية ٤ ديسمبر ١٩٢٧ واستئناف مصر ١٨ فبراير
١٩٢٩ المقار إليها فيما هدم) . غير أن هذه الأحكام كانت قد جئحت فى ذلك عما جرت عليه
كثرة أحكام المحاكم فى تطبيق قاعدة منع الطرف الملوئ من استرداد ما هذه بناء على عدم باطل
لعدم مفعولية - *Nemo Auditor* من همزة بين حالات البطلان بسبب غشاة النظام
وحالات البطلان بسبب غشاة الآداب العامة . وقد قضى التقنين الحالى على تلك القاعدة ذاتها
وليس فقط على التفرقة التى كانت تحول بها وأجاز فى المادة ١٤٢ مدنى المطالبة بالرد فى جميع
الأحوال .

الفرع الثاني

شروط صحة البيع

الفصل الأول

سلامة الرضا

١١٩ - اعاد الى القواعد العامة - لم يورد المشرع في باب البيع أحكاماً خاصة بسلامة الرضا ، اكتفاء بما ورد عن ذلك في باب الالتزام بوجه عام .

وقد نص في المواد ١٢٠ وما بعدها على عيوب الرضا التي تشوبه فتجعل العقد قابلاً للإبطال ، وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .
فيجب في صحة البيع خلوه من جميع العيوب ، ويرجع في شأنها الى كتب النظرية العامة للالتزامات .

غير أنه لأن المشرع أورد في باب البيع أحكاماً توجب العلم بالمبيع علماً كافياً (المادة ٤١٩) ، وأخرى تتعلق بالغبن في البيع (المادة ٤٢٥) ، ولأن الأولى تتصل بالغلط في صفات المبيع والثانية بالاستغلال ، نرى أن نخص هذين المبيين من عيوب الرضا بعرض سريع لأحكامهما تمهيداً لدراسة أحكام المادتين المذكورتين . أما التدليس والاكراه فتكتفي بذكر بعض تطبيقاتهما في عقد البيع .

١٢٠ - بعض تطبيقات التدليس والاكراه في عقد البيع - التدليس هو استعمال طرق احتيالية لايهام أحد العاقدين بغير الحقيقة ، فإذا ترتب عليه حمل ذلك العاقد على قبول التعاقد كان العقد قابلاً للإبطال .

ولابد في التدليس من استعمال طرق احتيالية تضلل أحد المتعاقدين ومن أن تكون هذه الطرق غير مشروعة وكافية لتضليل ذلك المتعاقد وإخفاء الحقيقة عنه^(١) ، وأن يكون الوهم الذي يعتنه هذه الطرق في نفس المتعاقد هو الدافع إلى الأخير على التعاقد .

فلا يكفي مجرد ذكر البائع في العقد مساحة للعقار المبيع أكثر من مساحته الحقيقية لاعتبار ذلك تدليسا مادام لم يقترن بطرق احتيالية أخرى^(٢) .

ولا يكفي في ذلك مبالغة التاجر في الترويج لبضاعته باتحاله أحسن الأوصاف لها ، ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ، مادام أن ذلك مألوف في التعامل ، اذ يجب في هذه الحالة على المشتري أن يأخذ أقوال التاجر بالتحفظ وأن يتحقق بنفسه من توافر هذه الأوصاف ، فإن قصر في ذلك ليس له أن يطلب إبطال العقد بسبب التدليس . أما إذا كانت صفة التاجر أو طبيعة نوع معين من التجارة تجعل من غير المألوف المبالغة في أوصاف المبيع إلى حد الكذب ، كان من حق المشتري أن يطمئن إلى أقوال التاجر ، فإذا ظهر فيما بعد كذبها اعتبر ذلك تدليسا .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة مصر الابتدائية بأن التأكيدات غير الصحيحة التي تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلا للإبطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضا^(٣) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تبين أن المشتري كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة يدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شيء منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ، فأثر ذلك في نفسه

(١) غرض ١١ نوفمبر ١٩٣٧ المجموعة ٣٩ رقم ٣٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ يناير ١٩٣٦ الحلقة ١٨ - ٦٧١ - ٣٢٣ .

(٣) ٢٤ يناير ١٩٣٣ الحلقة ٣ من ٢٨١ .

ودفعه الى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه أدخل عليه الغش والتدليس بأن كنتم وأخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على العقار قبل تحرير عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه عليه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التقصير في دفع الفوائد في مواعيدها ، الأمر الذي أدى الى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع ملكية العقار ورسوم مزاده على الدائن . فمثل هذه التصرفات هي نوع من الغش والتدليس الموجب لبطلان العقد ^(١) .

بل ان مجرد كتمان أحد العاقدين أمراً كان يجب عليه احاطة الآخر علماً به يكفي في بعض الأحوال لتوافر التدليس متى قصد بهذا الكتمان تضليل العاقد الآخر ، كأن يبيع شخص لآخر منزلاً ويكتم عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للنفقة العامة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختاطة بأن بائع العقار اذا كتم عن المشتري أن هذا العقار مستحق كلياً أو جزئياً وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يشغل المقار من حقوق ، كان هذا تدليساً ^(٢) .

ويجب ان يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد ، أي أنه هو الذي حمل العاقد على التعاقد أصلاً ، أما التدليس غير الدافع وهو الذي لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبهظ ، فلا يفسد الرضا ولا يخول ابطال العقد ، وإنما يقتصر أثره على الزام مرتكب التدليس بتعويض .

وبحوز في هذه الحالة الأخيرة ان يكون التعويض عينياً اذا طلب العاقد المدلس عليه ذلك . والتعويض العيني يكون بنقص الثمن الى الحد الذي كان العاقد يقبل الشراء به لو لم يدلس عليه أو بإبطال العقد لازالة ما ترتب عليه من ضرر ^(٣) .

(١) ٣١ ديسمبر ١٩٣٦ الحاماة ١٧-٦٤٥-٣١٢ .

(٢) استئناف مخطوط ١١ فبراير ١٩٠٩ (٢١ من ٢٢٧) .

(٣) انظر كتابنا في مصادر الالتزام بقية ٢٠٩ من ٢٧٢ .

ومثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشتري على عقود ايجار لهذا العقار ،
وهي عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهمه بها أن ريع العقار مرتفع ،
فيحمله بذلك على شراء العقار بثمان عال ، أو أن يتفق من يعرض شيئاً للبيع
في مزاد علني مع شخص آخر على أن يتقدم هذا في المزاد بعطاءات وهمية
ليحمل المزايدين الحقيقيين على رفع عطاءاتهم ، فإذا نجحت الحيلة واندفع
أحد المزايدين الحقيقيين الى الشراء بثمان أعلى مما كان هو أو غيره يشتري به
مثل هذا الشيء لولا هذه الخدعة ، جاز له أن يطلب على سبيل التعويض
عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا التدليس نقص الثمن أو ابطال العقد .

وكذلك الاكراه يفسد الرضا ويجيز ابطال البيع ، سواء حمل المتعاقد على
البيع أو الشراء أو حمله على القبول بشروط باهظة لم يكن يقبلها في غير حالة
الاكراه ، وسواء أكانت حالة الاكراه التي وجد فيها المتعاقد المكره من عمل
العاقداً الآخر أو من عمل شخص أجنبي أم كانت نتيجة ظروفيتهات مصادفة^(١) ،
كما اذا تمطلت سيارتي في منطقة صحراوية نائية ، ففرت في سيارة أخرى وكان
مع قائدها قطعة الغيار التي تلزم سيارتي ولم يقبل أن يبيعني اياها الا بثمان
باهظ جداً ، أو قبل أن يبيعني اياها بثمانها المعلوم ولكنه استكنني ييما
لسيارتي بثمان بخس جداً .

§ ١ - الغلط في صفات المبيع وعدم العلم الكافي بالمبيع .

١٢١ - اطلسم الغلط في صفات المبيع - نصت المادتان ١٢٠ و ١٢١
من التقنين المدني على أحكام الغلط الذي يفسد الرضا ويجيز ابطال العقد ،
ويؤخذ منهما أن الغلط الذي يترتب عليه هذا الاثر يجب أن يكون جوهرياً

(١) انظر تنص مدني ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام القضاء ١٣ - ١٢٧ - ١٩ .

أى دافعا إلى التعاقد، سواء أوقع في صفة الشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يبنى في التعامل من حسن النية، أم وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد، أم وقع في قيمة العقود عليه أو في أى أمر آخر كان هو الدافع إلى التعاقد.

وتطبيق ذلك على عقد البيع يمكن القول بأنه قلنا يكون شخص المتعاقد محل اعتبار في البيع، ويندر اذن أن يكون الغلط في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته سببا في إبطال البيع. وبالعكس من ذلك يتصور أن يكون البيع قابلا للإبطال بسبب وقوع غلط في قيمة المبيع أو في الباعث الدافع إلى شرائه أو في صفة جوهرية فيه.

ومثل الغلط في القيمة أن يبيع الوارث مجموعة قيمة من طوايح البريد بمن زهيد لعدم علمه بقيمتها الكبيرة، ومثل الغلط في الباعث الدافع أن يشتري شخص سيارة لاعتقاده أن سيارته قد سرقت ثم يتبين أن أخاه كان قد أخذها ليستعملها مدة معينة بعد أن ترك له خبراً بذلك ولكن الخبر لم يصله إلا بعد أن اشتري سيارة جديدة، ومثل الغلط في صفة جوهرية أن يعتقد المشتري أنه إنما يشتري لوحة أصلية، فإذا بالمبيع صورة من اللوحة الأصلية، أو أن يعتقد أنه يشتري مالا مملوكا ملكية مفرزة فيتضح أن المبيع مملوك للبائع شيوعا مع غيره^(١).

(١) استئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٣٢، الحاماة ١٣-١٤-٣٤. وقد حكم في ظله القضاة المنى بأن المشتري حتى إبطال البيع إذا أثبت أنه لم يكن يعلم بأن المثل المبيع مؤجر فغير وأنه ما كان يشتريه لو علم بوجود هذه الاجارة. وأساس حق الإبطال في هذه الحالة هو وقوع المشتري في غلط جوهرى بالنسبة إلى الشيء المبيع (نظرا للاجتماعية ٢٥ أكتوبر ١٩٣٥ الحاماة ١١-١٢-٣٨١).

ومن المهم: أن توجه النظر الى انه لا بد في جميع هذه الأحوال أن يكون الطرف الآخر قد اشترك مع الأول فيما وقع فيه من غلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (المادة ١٢٠) .

١٢٢ - مكرم العلم اللقي بالبيع - نصت المادة ١١٩ من التقنين المدني الحالي على أنه يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً .
ويعتبر العلم كافياً اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية ببيان يمكن من تعرفه . واذا ذكر في عقد البيع أن المشتري طام بالمبيع ، سقط حقه في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به اذا أثبت تدليس البائع .

وظاهر ان المشتري الذي لم يعلم بالمبيع وقت العقد علماً كافياً ، مهمتين بعد معاينته أنه لا يلائمه ، يمكن أن يعتبر أنه واقع في غلط جوهري فيما يتعلق بصفات المبيع ، فيغنيه التمسك بالأحكام العامة المتعلقة بالغلط عن نص المادة ١١٩ . غير أن هذا النص يرجع في أصله الى خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية ، وان كان واضعوا التقنين المدني المملعى ثم واضعوا التقنين المدني الحالي قد حوزوا في أحكامه الشرعية وقربوه كثيراً من أحكام الغلط في القانون الحديث . ولذلك ينبغي في فهم معرض أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بخيار الرؤية ، وأحكام التقنين المدني المملعى ، وأخيراً أحكام التقنين المدني الحالي .

== والعكس من ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد تبينت من واقع الدعوى أن البائع الذي هو محل النزاع قد وقع على عين معينة ثلاث عندما ارادة المشتري مع ارادة البائع وأن ما جاء في العقد خاصاً بمحلود همة البيع قد شابته غلطاً من صدر من - مدونهما تذكر أحياناً مكان الآخر ، فانها لا تكون مضطرة اذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادى الواقع حال تحرير العقد لا من قبيل الغلط الذى لا يخلو من الواقع كمال - مسكونين - الأراء المختلفة - لرضا (ج) ١٩ ديفنيز ١٩٤٧ المحلطة ٢٨ - ١٠٢٤ - ١٩٥٠ مجموعة الفواعل القانونية .

١٢٣ - خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية - خيار الرؤية رخصة تثبت للعاقد الذي لم ير محل العقد وقت التعاقد وتغوله متى رآه أن يفسخ العقد أو يعضيه .

وسبب ثبوت خيار الرؤية للعاقد عدم رؤيته محل العقد حين العقد أو قبله ، ولو وصف له المحل عند التعاقد . ويشترط في ثبوته أن يكون محل العقد عيناً معينة بالذات لم يرها العاقد حين العقد أو قبله . وحيث ثبت هذا الخيار بحكم الشرع ، أى دون اشتراطه .

غير أنه لا يجوز للعاقد الذي لم ير محل العقد أن يستعمل هذا الخيار إلا بعد رؤية المحل . ولكن له قبل ذلك ان يفسخ العقد ، لا استعمالاً للخيار الرؤية ، بل لأن العقد على الأعيان الفاقية غير لازم فيجوز فسخه .

وليس المراد بالرؤية في هذا الشأن الابصار ، بل المراد بها ما هو أعم من ذلك وهو العلم بمحل العقد على الوجه الذى يناسبه . فان كان من المراتب كان العلم به من طريق البصر . وان كان من الروائح فن طريق الشم . وان كان من الطعَام فن طريق الذوق الخ .

ويثبت خيار الرؤية للأعمى اذا ما اشترى شيئاً لم يعرفه . فان كان ذلك الشيء مما لا يعرف إلا بالبصر كانت معرفته به عن طريق وصفه له ، وان كان يعرف بحاسة أخرى باشر ذلك بنفسه .

١٢٤ - أحكام العلم بالمبيع في التقنين المدني الملى - أخذ المشرع المصرى في التقنين المدني الملى بأحكام الشريعة الإسلامية في خيار الرؤية ، بعد أن حاول تقريبها من مبادئ القانون الحديث ،

فصر في المادة ٢٤٩ / ٣١٥ على أنه يجب أن يكون المشتري طاماً بالمبيع علماً كافياً اما بنفسه أو بمن وكله عنه في معاينته . وفي المادة ٣١٩ / ٢٥٣ على أن البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة ، أو حصلت معاينته بمن عينه معتمداً عليه في ذلك ، . وفي المادة ٣١٨ / ٢٥٢ على أن بيع الأشياء التي لم يعاينها المشتري ولا وكيله في المعاينة لا يكون صحيحاً الا اذا كان عقد البيع مشتملاً على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكنه الكشف عليه وتحقيق حالته^(١) ، فقرر بذلك مبدأ وجوب العلم بالمبيع سواء من طريق المعاينة الشخصية أو من طريق وصف المبيع في العقد وصفاً وافياً أو أى طريق آخر^(٢) ، وهو مبدأ مسلم في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الحديث . ولكن المشرع لم يحدد في هذا النص جزاء عدم العلم بالمبيع ، فلم يكشف عن قصده في تكليف هذا العلم ولا في اعتباره شرطاً في تعيين المبيع او عنصراً من عناصر سلامة الرضا .

ثم نص في المادة ٣١٦ / ٢٥٠ على أنه إذا لم يشاهد المشتري جزاءً الا بعض المبيع وبمين أنه لو رآه كله لا تمتنع عن شرائه ، فليس له إلا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه في طلب الفسخ اذا تصرف في الشيء المبيع بأى طريق كان ، فدل

(١) وحكم بأنه اذا ثبت أن المشتري لم يعاين قبل شرائه المنزل الذى اشتراه فله أن يطلب الحكم بعدم صحة عقد البيع ما لم يكن قد اشتغل على أوصاف المبيع الأصلية بحيث يمكن الكشف عليه وتحقيق حالته وأن الاقتصار على ذكر مساحة البين وحدودها وعدد الطبقات المسكونة منها واغفال باقي الأوصاف الأخرى لا يعتبر بائناً كافياً يصح أن يقوم مقام المعاينة عند المشتري (المذمومة الجزئية ١٠ نوفمبر ١٩٣٧ المجامعة ١٨ - ٥٢ - ٢٦٦) .

(٢) وقد اشترطت محكمة الاستئناف المختلطة في ذلك أن يكون قد تمسك المشتري بتحصيل العلم الكافي بالمبيع بالرغم من بطلان الطاية الواجبة في ذلك سواء لنش البائع أو لأى سبب أجنبي عن إرادته [أول يونيو ١٩٤٣ (٥٥ من ١٧١)] .
وقضت محكمة استئناف مصر بأن جهل المشتري لا يجرب عليه فسخ العقد لأن في وسعه دائماً أن ينتبين بتغيير قبل أن يقدم على الصراء (١٤ أبريل ١٩٢٤ المجموعة ٢٧ رقم ١) .

بذلك على أنه جمل جزاء عدم معاينة المبيع كله وقت العقد ثبوت حق الفسخ .
للمشتري بعد المعاينة .

وظاهر أن هذا الحق في الفسخ متميز عن حق الفسخ المعروف في القانون الحديث وأنه ينبىء عن استمداده من الشريعة الإسلامية ، لأن القانون الحديث لا يعرف إلا الفسخ الذى يترتب على استحالة الوفاء أو على اخلال أحد العاقدين بالتزاماته أو على تحقق الشرط الفاسخ . أما الفسخ لعدم العلم بالمبيع فهو الفسخ الذى ترتبه الشريعة الإسلامية على خيار الرؤية .

ونصت المادة ٣١٧/٢٥١ على أنه : اذا ذكر فى عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع الا اذا أثبت تدليس البائع عليه . . وظاهر أن المقصود بهذا النص اعتبار اقرار البائع فى عقد البيع بعلمه بالمبيع مساويا لعلمه الحقيقى به وما لنا من ثبوت حق الفسخ الذى رتبته المادة السابقة على عدم العلم بالمبيع^(١) . أما ما ورد فى هذا النص من سقوط حق البائع فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، فلم يقصد به حقيقة معنى البطلان ولم يكن الا نتيجة خطأ فى ترجمة النص الفرنسى للمادة ٣١٧/٢٥١ الذى يقول :

„ La mention dans un acte de vente que l'acheteur connaît la chose lui fait perdre le droit d'attaquer la vente pour défaut de connaissance de la chose vendue ...

حيث لم يرد فى هذا النص ذكر البطلان أو لفسخ بل ذكر حق الطعن على البيع أو حق نقضه le droit d'attaquer la vente ؛ وفى ذلك إشارة

(١) عل أنه اذا اقرن هذا الاقوال باشتراط المفترى لصلاح المبيع أو بمسكته اعده المفترى مالا بالمبيع علما كانا والبائع ملتزما بالاصلاح أو التمسكة للتصوم عليها . فلا يكون للمشتري حق الاطلاق ولكن يكون له حق الفسخ اذ لم يعلم البائع بما اقرن به في فريضة هذا المعنى معن المختلطة ٦ يونيو ١٩٢٤ (٥٦ من ٥٨٢) .

الى حق النقض المقرر في المادة السابقة. وهو حق الفسخ اذ لا يتصور أن يجعل
المشرع عدم العلم بالمبيع في المادة الأولى سبباً لفسخ البيع ثم يجعله في المادة التالية
لها سبباً في بطلان البيع ، لأن العقد اما ان يكون صحيحاً فيرد عليه الفسخ
ويعتق البطلان ، واما أن يكون باطلا فلا يرد عليه الفسخ . وواضح من النص
الفرنسي ومن أصله التاريخي في الشريعة الاسلامية أن المقصود أن يكون
العقد قابلاً للفسخ .

وقد أثار هذه النصوص خلافاً كبيراً بين شراح القانون القديم فيما
يتعلق باتساق أحكامها مع القواعد العامة التي قررها القانون المدني وبضرورتها
أو إمكان الاستغناء عنها بتلك القواعد العامة .

فذهب الأستاذ حلي عيسى الى أن المشرع استمد هذه الأحكام من
الشريعة الاسلامية بعد تحويرها بما يتفق مع أحكام القانون المدني لئلا
نقصا في هذا القانون حيث لا تسعف المشتري قواعد الغلط في مادة المبيع
أو في صفة جوهرية من صفاته .

ورأى الأستاذ الهلاي بالعكس من ذلك أن أحكام العلم بالمبيع المستمدة
من الشريعة الاسلامية لا تصيف شيئاً الى ما تقتضي به القواعد العامة للقانون
المدني لأن المشتري ، اذا لم يعلم بالمبيع ، فعقده غير صحيح اما لغلطه فيه واما
لأن المبيع لا يكون معينا مع أن القانون يوجب تعيينه .

واعتنى أن كلا الرأيين قد جانبا الصواب ، لأنهما عرلا على اعتبار جزاء
عدم العلم الكافي . المنصوص عليه في المواد ٢٤٩/٢١٥ وما بعدها بطلان
العقد أو الحق في ابطاله ، في حين أن المشرع لم يقصد البطلان أو الإبطال
بل قصد الفسخ كما تقدم . وقد ترتب على ذلك أنها ربطا هذه الأحكام

بشرط تعيين المبيع أو بقواعد الغلط في صفات المبيع في حين أن ذلك لا يتفق مع الجزاء المقرر وهو الفسخ .

وبنفي إذن في تكييف هذه النصوص أن ترتكز على الجزاء المقرر فيها وهو الحق في فسخ العقد - ذلك الحق المستمد من الشريعة الإسلامية - وأن زرده الى مبادئ القانون الحديث العامة حتى يتسق معها ويتحدد في ضوئها مداه . ويبدو لي أن أقرب تكييف لثبوت حق الفسخ للمشتري الذي لم يعاين المبيع وقت العقد اعتباره نتيجة للاتفاق على عقد البيع مع حفظ الحق للمشتري في العدول عنه بعد المعاينة . فيعتبر البيع حسبما يبين من قصد العقادين اما معلقا على شرط واقف هو عدم عدول المشتري بعد المعاينة أو مقترنا بشرط فاسخ هو عدوله عن البيع بعد معاينة المبيع ، فيبقى مصير العقد معلقا حتى تتم المعاينة . وعندئذ اما أن يقبل المشتري المبيع فينتج العقد آثاره مستندة الى وقت إبرامه أو يتأيد نهائيا ، واما ألا يقبل فيصبح العقد كأن لم يكن وفقا للأحكام التي تقدمت في البيوع الموصوفة .

١٢٥ - أمظم العلم بالبيع في التقنين المدني الحالي - ظاهر من المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني الحالي أن المشرع أراد أن يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدني ، وأنه رأى أن هذه المبادئ لا تشترط رؤية المبيع بل تقتصر على اشتراط أن يكون المبيع معينا تمييزا كافيا ، فقرر في صدر الفقرة الأولى من المادة ٤١٩ أنه « يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا » ، ولم يشترط رؤية المشتري للبيع ، فيكتفي أن يعلم المشتري بالمبيع سواء من طريق معاينته بنفسه أو بمن يوكله عنه في معاينته أو من

طريق اشتغال ، العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه ، . ونص في الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن يقوم مقام العلم الحقيقي بالمبيع مجرد ذكر المشتري في العقد أنه عالم بالمبيع .

يبين من ذلك أن المشرع أراد بنص المادة ١٩٤ أن يوفق بين ما تشترطه الشريعة الإسلامية في صحة البيع من رؤية المشتري للبيع وبين ما تقتضيه مبادئ القانون الحديث من الاكتفاء بتعيين الشيء المبيع تعييناً كافياً . فاشتراط أولاً علم المشتري بالمبيع علماً كافياً سواء حصل هذا العلم من طريق رؤية المبيع بنفسه أو بغيره ، ثم نص على أمرين يفنى أيهما عن رؤية المبيع وهما تعيين المبيع في العقد تعييناً كافياً وإقرار المشتري في العقد بأنه عالم بالمبيع . هذا كله مالم يكن هناك تدليس من البائع .

غير أنه يلاحظ أن قصد المشرع ربط العلم بالمبيع بشرط تعيين محل العقد كان يقتضي أن يكون جزاء عدم العلم كجزاء عدم تعيين المحل ، أى البطلان المطلق . ولكن المشرع لم يسأر المنطق إلى هذا الحد ، بل جعل جزاء عدم العلم مقصوراً على قابلية العقد للإبطال إذ نص في الفقرة الثانية من المادة ١٩٤ على أنه ، إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع ، . وبذلك أصبح يسوغ القول أن المشرع الجديد قد انصرف في هذا الشأن عن فكرة الفسخ وأنه اعتبر حكم عدم العلم بالمبيع حكم الغلط في صفات المبيع الجوهرية ، أى أنه لا يمنع العقد من أحداث آثاره ، ولكنه يحول المشتري حتى إبطال البيع متى علم حقيقة المبيع . ويتميز هذا الغلط القائم على عدم علم المشتري بالمبيع علماً كافياً عن غيره من الغلط المفسد للرضاء بأنه غلط يفترضه القانون ويعنى المشتري من إثباته ، فيصدق هذا في شأنه

بمجرد قوله^(١) ، ويقع على عاتق البائع أن يثبت علم المشتري بالمبيع العلم الكافي .

وبناء على ذلك يمكن القول بأن العلم بالمبيع علما كافيا يعتبر في التقنين المدني الحالي شرطا لسلامة رضا المشتري بمعنى أن عدم توافر العلم الكافي يعد غلطا في صفات المبيع الجوهرية يترتب عليه قابلية العقد للإبطال^(٢) ، وإن هذا العلم لا يشترط أن يكون شخصا أو فعليا ، ولا أن يكون من طريق الرؤية ، بل تكفي فيه معاينة من يوكله المشتري في ذلك ، ويكفي فيه العلم الذي يحصل من أى طريق آخر غير البصر كالسمع واللمس والشم والذوق ، ويكفي فيه وصف المبيع في العقد وصفا دقيقا يمكن المشتري من تصوره^(٣) ، كما يفنى عن كل ذلك إقرار المشتري في العقد بأنه عالم بالمبيع^(٤) ، بشرط أن يكون إقرارا سليما لم يصدر نتيجة غش أو تضليل من البائع^(٥) (المادة ٤٩٩ مدني) .

فاذا لم يتوافر هذا العلم ، بأي طريقة من الطرق المذكورة ، كانت للمشتري عند ما يلم بجهالة المبيع أن يطلب إبطال العقد^(٦) . ولكن العقد يبقى صحيحا وينتج آثاره الى أن يتقرر بناء على طلب المشتري بطلانه ،

(١) في هذا المعنى السهوي ج ٤ ص ١٢٦ حاشي ١ .

(٢) في هذا المعنى السهوي ج ٤ ص ١٢٥ .

(٣) في هذا المعنى السهوي ج ٤ ص ١٢٤ والأحكام التي أشار إليها .

(٤) ويرى الأستاذ السهوي أن حق المشتري في إبطال البيع لهذا السبب متى ثبت وقفا لا تهم يمكن أن يسقط بما يسقط به خيار الرؤية في المبيعة الإسلامية فيسقط مثلا بموت المشتري قبل أن يستعمل هذا الحق ويملك المبيع أو تيمه قبل ذلك أيضا ويحصر في المشتري في المبيع قبل رؤيته تصرفا يثبت حقا قنير على العين المبيعة (انظر السهوي ج ٤ ص ١٢٥ حاشي ٢) .

تؤول هذه الآثار كلها . ويجوز للمشتري أن ينزل عن حقه في إبطال العقد ، ويسقط هذا الحق بعدم استعماله مدة ثلاث سنوات من تاريخ العلم الكافي بالمبيع .

ويعتبر علم المشتري بالمبيع علماً كافياً أمراً متعلقاً بموضوع الدعوى ، ففى فصلت فيه محكمة الموضوع وكان ما استخلصته فى شأنه مستنداً الى دلائل مسوغة ولا مناقضة فيما لها هو ثابت فى الأوراق^(١) فلا يجوز إثارته من جديد أمام محكمة النقض^(٢) .

§ ٢ - الفبن والاستغلال

١٢٦ - تعريف الفبن وتاريخه - الفبن فى البيع هو عدم التعادل بين قيمة المال الذى يلتزم البائع بنقل ملكيته الى المشتري والفبن الذى يلتزم المشتري بدفعه فى مقابل ذلك .

وقد تقدم أن العاقدين يملكان تعيين الفبن ، وأنه يكفى أن يكون الفبن جدياً ولو بخساً . وقد آن الأوان لأن نبحث لا فى أثر بخس الفبن لحسب ، بل فى أثر التفاوت بينه وبين قيمة المبيع ، سواء كان ذلك التفاوت نقصاناً فى الفبن أو زيادة فيه . وإذا أثر هذا التفاوت فى صحة العقد ، أ يكون ذلك لاعتباره عيباً من عيوب الرضا أم لاعتباره سبباً قائماً بذاته . وفى هذا يقول أستاذنا الدكتور السنبورى : إن الفبن مشكلة اجتماعية لم يهتد رجال القانون الى حلها حلاً مرضياً . فهى قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة . فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الارادة ، رأينا

(١) دس ١١ ديسمبر ١٩٤٧ الحاماة ٢٨-٢٤-١٠٢٤-١٥٠

(٢) دس ٢٤ أكتوبر ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ٣-٢٠٩-٧٨ الحاماة ٢١ -

٤٣٧-١٩٥٠ ، وأيضاً ١١ ديسمبر ١٩٤٧ الحاماة ٢٨-٢٤-١٠٢٤-١٥٠ مجموعة القواعد القانونية ٥-٢٤٢-٥٠٣ .

(٣) (١٥٣ - نيج)

القانون لا يقيم للغبن وزنا . ثم اذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الارادة ، تدخل القانون لمنع الغبن^(١) .

ولأن الرومان كانوا متشبعين بروح الفردية ، لم يعبأ القانون الروماني بالغبن الا بعد أن انتشرت تعاليم الكنيسة وقيدت من تلك الروح الفردية بمبادئ العدالة وضرورة حماية الضعيف من استغلال القوى .

وقد ظل الأمر طوال القرون الوسطى وحتى الثورة الفرنسية الكبرى يتراوح بين عدم الاعتراف بالغبن في العقود أو الاعتداد به ، تبعاً لسيادة الروح الفردية أو انكاشها في مختلف العصور .

ولأن التقنين المدني الفرنسي قد صدر في أعقاب الثورة الفرنسية ، ولأن هذه الثورة كانت انتصاراً للروح الفردية ، كان نصيب التقنين المدني الفرنسي من الاعتراف بالغبن ضئيلاً ومقصوراً على الحالات المعينة التي وردت بشأنها نصوص خاصة .

وبالعكس من ذلك ، فإن التقنينات الحديثة التي صدرت منذ نهاية القرن الماضي متأثرة بالرغبة في الحد من الروح الفردية قد زادت في الاعتراف بالغبن حتى جعلت منه نظرية عامة واجبة التطبيق في كل العقود .

وبين من مقارنة الشرائع بوجه عام أن فيها اتجاهين متميزين بشأن الاعتراف بالغبن ، الأول يعتبر الأصل حرية العاقدین في تحديد التزاماتهما وعدم الاعتراف بالتفاوت بين هذه الالتزامات الا في أحوال خاصة استثنائية ينظر فيها الى القيم المادية للالتزامات بحيث اذا تجاوز التفاوت بينها نسبة عديدة معينة اعتبر ذلك مخالفاً للعدالة ووجب ازالة هذه المخالفة باعتبارها

(١) السهوري في نظرية العقد سنة ١٩٣٤ نبذة ٤٧٨ ص ٤٤٧ ، وفي الوسيط ج٩ ط٧ نبذة ٢٠٣ ص ٣٨٧ ، وكتابنا في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٧ ص ٣٨٥ .

عيا في العقد ذاته لا عيا في رضا أحد من العاقدين ، وهذا الاتجاه يكون المذهب المادى في الفبن .

والثاني يعتبر الأصل وجوب التعادل في الالتزامات المتقابلة بحيث اذا اختل هذا التعادل كان ذلك دليلا على أن رضا أحد العاقدين لم يكن سليما ، وجاز للعاقد المغبون ابطال العقد لهذا السبب . وظاهر أن ربط الفبن بمبوء الرضا وفقا لهذا الاتجاه يقتضى تقدير قيمة الالتزامات المتبادلة من وجهة نظر كل من المتعاقدين الشخصية ، بقطع النظر عن قبعتها المادية .

وقد سار في الاتجاه الأول كل من التقنين المدنى الفرنسى والتقنين المصرى الملغى ، وأخذ بالاتجاه الثانى التقنين المدنى المصرى الحالى . وكان لكل من الاتجاهين صدق قوى في الشريعة الاسلامية .

١٢٧ - حكم الفبن في الشريعة الاسلامية - يقرن فقهاء الشريعة الاسلامية بين الفبن والغرور أى التدليس ، ويميزون في الفبن نوعين : يسير وفاحش ، ويرى بعضهم أن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش ما عداه ، ويرى فريق آخر أن اليسير ما لا يزيد على خمس الثمن والفاحش ما زاد على ذلك . وعندهم أن الفبن اليسير لا يؤثر في صحة العقد الا اذا كان العاقد المغبون مدينا حرج عليه بسبب دينه المستغرق لماله ، او مدينا بدين مستغرق وصدر منه العقد وهو في مرض الموت^(١).

أما الفبن الفاحش ، فقد اختلفوا في تأثيره ، ولكن الراجح أن الفبن ان كان نتيجة غرور وقع على أحد العاقدين من الآخر أو بمن يعمل له ، فلمغبون الغرير فسخ العقد لسوء نية العاقد الآخر وتضليله ، والا لم يكن له هذا الحق^(٢). غير أنه اذا كان الفبن الفاحش واقعا على أموال المحجور عليهم

(١) أبو زهره (محمد) ، في المسكية ونظرية العقد ، سنة ١٩٢٩ م ص ٤٠٣ .

(٢) راجع في ذلك توفيق حسن فرج * في نظرية الاستقلال في القانون المدنى المصرى ، رسالة دكتوراه من جامعة الاسكندرية سنة ١٩٥٧ م ص ٤٢ وما بعدها .

كالمصير والسفيه والمجنون أو على أموال يمت المال أو على أموال الوقف ،
أمر في صحة العقد اتفاقاً ولو لم يكن نتيجة غرور ، وكان العقد على الرأي
الراجع فاسداً .

١٢٨ — حكم الغبن في القانون الفرنسي — نصت المادة ١١١٨ مدني
فرنسي على أن الغبن لا يفسد الاتفاقات الا في عقود معينة وبالنسبة الى
أشخاص معينين ونصت المادة ١٦٧٤ على أن يبع العقار يجوز ابطاله اذا غبن
البايع في أكثر من سبعة أجزاء من اثني عشر جزءاً من قيمة المبيع ، كما وردت
نصوص أخرى تمتد بالغبن في القسمة ، أو في قبول التركات ... الخ . أو
تجيز ابطال عقود القاصر اذا غبن فيها .

وقد حاول بعض الشراح أن يرجعوا ابطال العقود التي نص القانون
على جواز ابطالها بسبب الغبن الى اعتبار الغبن دليلاً على وجود عيب في
رضا العاقد المغبون سواء كان ذلك العيب غلطاً أو اكراها ، واستدلوا على
ذلك بمرور المادة ١١١٨ في باب عيوب الرضا وبعض أقوال وردت في
الأعمال التحضيرية .

غير أن هذا النظر لا يستقيم مع قصر المشرع حكم البطلان بسبب الغبن
على أنواع معينة من العقود وعلى صدور العقود من فئات معينة من الأشخاص .
ولذلك فالراجح أن أساس البطلان المبنى على الغبن في القانون الفرنسي هو
مخالفة العدالة في العقود التي يسهل فيها تقدير التعادل والتي يعلق المشرع
على تحقيق التعادل فيها أهمية خاصة . ويترتب على ذلك ضرورة تقدير القيم
للتعادل بالمعيار المادي وقطع النظر عن الاعتبارات الشخصية .

ويشترط في تطبيق المادة ١٦٧٤ التي تجيز ابطال بيع العقار بسبب الغبن
ثلاثة شروط : (١) أن يكون المبيع عقاراً ، (٢) وأن يقع الغبن في أكثر

من سبعة أجزاء من اثني عشرة جزءاً من قيمة المبيع الحقيقية، (٣) وأن يكون
الغبن واقعاً على البائع لا على المشتري (١).

وظاهر أن نسبة الغبن التي حددها القانون نسبة تحكيمية قصد بها الحد من
دعوى الغبن .

ويجب في حساب هذه النسبة مراعاة قيمة المبيع وقت عقد البيع ، ولو
كان البيع مسبقاً يوعده بالبائع ، وهذا ما يتضمنه الأخذ بالنظرية المادية في
الغبن . أما النظرية الشخصية التي تعتبر الغبن مظهراً لغب في الرضا فكانت
تقتضي أن يكون تقدير قيمة المقار وقت الوعد يبيعه ، لأن عيوب رضا
الواعد ينظر فيها — كما تقدم — الى وقت الوعد لا الى وقت تحويل الوعد
الى بيع .

وبلاحظ أن النص يقصر حمايته على البائع فقط ، مع أن المشتري قد
يشترى بأزيد من القيمة الحقيقية فيكون هو المغبون . ولو كانت حكمة
البطلان للغبن مجرد عدم التعادل بين القيم المتبادلة ، أو كان اعتبار الغبن
دليلاً على وجود غيب في الرضا ، لوجب أن يكون للمشتري المغبون كما
للبيع المغبون حق الإبطال . ولكن السبب الذي حل المشرع الفرنسي على
قصر البطلان للغبن على بيع المقار قد حذاه أيضاً الى قصر حمايته على البائع

(١) ونظراً لأن هذه المروط كانت مضيق كثيراً من مجال تطبيق حكم العين ، ولأنه
وجدت في العمل حالات كثيرة لا تتوافر فيها هذه المروط ولكن تقتضي العدالة فيها رفع
الغبن الواقع بأحد المتعاقدين ، فقد لجأت المحاكم الى التوسع في نظرية الاكراه الأدنى لإبطال
المقود التي يكون فيها الغبن نتيجة اكراه أدبي ، ثم ابتدعت نظرية الضغط على الإرادة
capitation والاستهواء suggestion لإبطال تلك المقود — اذا كانت من التبرعات —
ولم تتوافر فيها شروط الاكراه المقصد لرضا . انظر في ذلك جينو (Gugenot (Zeon
La suggestion et la capitation en matière de libéralités في بحث له بعنوان
dans leurs rapports avec la notion de dol.

في المجلة التصليبية لقانون المدني ١٩٦٤ ، ص ١٩٩ وما بعدها .

دون المشتري ، ذلك أنه أراد حماية الثروة العقارية لأسباب اقتصادية واجتماعية .

١٢٩ — حكم البع في التقنين المصري الملغى — سار التقنين المدني الملغى
على نهج القانون الفرنسى فى عدم الاعتراد بالبعن الا فى أحوال مخصوصة
ولكنه عند الاعتراد بالبعن فى عقد البيع حاد عن أحكام القانون الفرنسى
رغبة منه فى الأخذ بحكم الشريعة الاسلامية ، بل أخذ من القانون الفرنسى
شرطاً ضيق به من أحكام الشريعة الاسلامية ، فنص فى المادة ٣٣٦ / ١٩٩
على أن البعن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه
حق الالباع فى طلب تكلفة الثمن ، ويكون ذلك فى حالة بيع عقار
القاصر فقط ، أى أنه اشترط فى ترتيب بعض الأثر على البعن فى عقد
البيع أربعة شروط :

(١) أن يكون المبيع عقاراً ، وهذا الشرط مأخوذ عن القانون الفرنسى
للاعتبارات التى دعت الى الأخذ به فى ذلك القانون .

(٢) أن يكون العقار مملوكاً لقاصر ، وهذا الشرط لا تتطلبه المادة ١٦٧٤
مدنى فرنسى ولكنه يتفق مع حكم الشريعة الاسلامية والمادة ١٣٠٥ مدنى
فرنسى . ويلاحظ أن المحاكم توسعت فى فهم المقصود بالقاصر وطبقت الحكم
لمصلحة جميع ناقصى الأهلية .

(٣) أن يقع البيع ببعن فاحش أى زائد على خمس الثمن ، وهذه النسبة
مقتبسة من الشريعة الاسلامية كما تقدم . ويقدر الثمن وقت البيع ، ولا ضرورة
لتعيين خبراء كما فى القانون الفرنسى .

(٤) أن يقع البعن على البائع لا على المشتري ، وهذا الشرط منقول
عن القانون الفرنسى للاعتبارات ذاتها .

والدعوى التى كانت تثبت لناقص الأهلية المخبون عند توافر هذه

الشروط كانت دعوى تكملة الثمن لا دعوى الفسخ كما في القانون الفرنسى .
وهى دعوى شخصية منقولة وليست عقارية ، وكانت تسقط بمضى سنتين
من تاريخ زوال سبب نقص الأهلية . ومتى حكم لناقص الأهلية بتكملة الثمن
كان له أن ينفذ بالفرق أو يطلب الفسخ لعدم وفاء المشتري باقى الثمن .

وقد ظهر قصور حكم الغبن فى التقنين المصرى الملغى وعدم كفايته
لمعالجة حالات كثيرة كان يقع فيها غبن على أحد العاقدين لا تتوفر فيه
الشروط سالفة الذكر ولكن العدالة تنادى بوجوب رفع هذا الغبن عنه
لأن إرادته — ولو أنها كانت حرة سليمة لا أثر فيها لغلط أو تدليس أو
إكراه — كانت مع ذلك ضعيفة أو هنها الهوى أو الشهوة الجامحة أو الإيجاء
الصادر من ذى نفوذ كبير . فهذا رجل كهل تزوج فتاة شابة تغلبت به
وحلته بذلك على أن يمنحها أكثر أمواله ، أو ماتت زوجته فأنقاد الى بعض
أولاده المقيمين معه وههههم دون سائر أولاده جميع أمواله^(١) ، وتلك زوجة
فقرت عاطفتها نحو زوجها ومالت الى غيره ميلا شديداً حملها على أن تحصل
على الطلاق من زوجها الأول بثمن باهظ حتى تتزوج من الثانى^(٢) ، وهذه
امرأة طاعنة فى السن وشديدة الدين تأثرت بنفوذ أحد رجال الدين عليها
فأطاعت ما أوحى لها به من التصرف فى أكثر أموالها للكنيسة أو الهيئة
الدينية التابع هو لها ، فلجأت المحاكم لابطال أمثال هذه التصرفات إلى
ما كان الفقه والقضاء الفرنسيان قد ابتدعاه من نظريات لمعالجة مثل هذه
الأحوال كنظرية التسلط على الإرادة *captation* ونظرية الإيجاء أو

(١) مهن مدق ٢ يناير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ٣ — ٢٩٦ — ٨٩

(٢) استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٣٦ المجلد ١٦ — ٢٢٢ —

الاستهواء suggestion^(١) .

وكان ذلك سببا في أن يتجه المشرع عند وضع التقنين الحالي الى الأخذ الى حد ما بهذه النظريات ، مسترشدا في ذلك بأحكام القضاء وبما جرت عليه أكثر التقنينات الحديثة .

١٣ - ملهم الغبن في التقنينات الحديثة - اتجهت التقنينات الحديثة ،

وأهمها القانون الألماني والقانون السويسري والقانون البولوني والقانون الإيطالي الجديد والقانون اللبناني ، الى الأخذ بالنظرية الشخصية في الغبن ، فجعلت الغبن سببا عاما لبطلان العقود ، ونظرت فيه الى التفاوت بين القيم الشخصية التي يقدر بها العاقد ما يأخذ وما يعطى لا الى القيم المادية للالتزامات المتبادلة .

وعد اختلفت هذه الشرائع في تأسيس البطلان المترتب على الغبن ، لجعل القانون الألماني أساسه عدم مشروعية العقد الذي يتعدم فيه التعادل بين قيم الالتزامات المتقابلة ، وترتب على ذلك اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا . أما الشرائع الأخرى الحديثة ، فقد رأت في الغبن دليلا على وجود عيب في الرضا ، بل اشترطت أكثرها أن يكون الغبن نتيجة استغلال أحد العاقرين لعوز الآخر أو طيشه أو عدم خبرته ، وترتب على ذلك اعتبار العقد باطلا بطلانا نسبيا لا مطلقا .

(١) نفس مدني ٢٩ أبريل ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ٤ - ١٥٧ - ٥٥ وقد جاء فيه أنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من واقع الدعوى وظروفها أن البذد المطالب بقيته صدر من المورث بمحض إرادته واختاره ، ولم يؤخذ منه بالاستهواء أو السطط على الإرادة وكان هذا الاستخلاص سائما ، فلا تدخل لمحكمة النقض لأن ذلك من سلطة القاضي الموضوع ، انظر أيضاً استئناف مصر ٢٨ أبريل ١٩٤٠ المجموعة ٤٧ - ١٣٠ - ٨٢ ، استئناف أبسوط ٨ مايو ١٩٢٩ المادة ٩ - ٨٦١ - ٤٧٧ ، نفس مدني ٩ ديسمبر ١٩٥٤ المادة ٣٦ - ٣٨ - ٨ مجموعة أحكام النقض ٦ - ٢٥٧ - ٣٣ .

١٣١ - حكم المبنى في التقنين المصري الحالي - رأى المشرع المصري الحديث مسابقة روح عصره بالتوسع في الاعتداد بالنبن ، لجعل من النبن مبدأ عاما يجوز إبطال العقود أو انقاص الالتزامات الناشئة عنها إذا كان النبن نتيجة استغلال أحد التعاقدين طبشا يئنا أو هوى جامعا عند التعاقد الآخر ، ونص على ذلك في المادة ١٣٩ من التقنين المدني الحالي التالية مباشرة للنصوص المتعلقة بعبوب الرضا التقليدية ، فدل بذلك على قصده الأخذ في النبن بالنظرية الشخصية واعتبار الاستغلال من عبوب الرضا ، ولكنه لم ينفذ النظرية المادية في النبن بل استمر يأخذ بها في الأحوال المفصولة التي كان القانون القديم ينص عليها ، ونص صراحة في المادة ١٣٠ على أن يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالنبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة .

وبناء على ذلك صارت عندنا في القانون المصري الحديث نظرية عامة للاستغلال في العقود تنطبق على البيع كما تنطبق على غيره من العقود ، وعندنا أيضا نصوص خاصة بالنبن في عقد البيع (المواد ٤٢٥ وما بعدها) ، فنعرض أولا لتطبيق نظرية الاستغلال على عقد البيع ، ثم للأحوال التي ينطبق عليها نص المادة ٤٢٥ وما بعدها .

١٣٢ - (١) تطبيق نظرية الاستغلال على عقد البيع : - تنص المادة ١٢٩ مدني جديد على ما يأتي :

١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر ، وتبين أن المتعاقدين المضمون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقدين الآخر قد استغل فيه طبشا يئنا أو هوى جامعا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المضمون أن يبطل العقد أو ينقص للالتزامات هذا المتعاقد .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ،
والا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال
إذا ما عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن .

وبين من هذا النص أنه ينطبق على جميع أنواع العقود سواء منها
المعاوضات كالبيع وغيره والتبرعات، بل أنه ينطبق حتى على العقود الاحتمالية
إذا توافرت فيها شروطه .

وقد رسم هذا النص شروط الطعن في العقد بالاستغلال وبين الأحكام
التي تترتب على هذا الطعن . وبهنا في هذا المقام تطبيق ذلك كله على
عقد البيع .

١٣٣ - (١) شروط الطعن في العقد بالاستغلال - يشترط في الطعن
على عقد البيع بالاستغلال توافر ثلاثة شروط :

الأول اختلال التعادل اختلالا قادحا بين التزامات البائع والتزامات
المشتري ويوجه خاص بين الثمن وقيمة المبيع .

والثاني استغلال أحد العاقلين ضعفا في نفس العاقد الآخر .

والثالث أن يكون ذلك الاختلال في التعادل نتيجة هذا الاستغلال .

١ - والمحول عليه في اختلال التعادل بين قيمة المبيع والثمن ليست قيمة
المبيع في السوق بل قيمته عند المشتري، ويستوى في ذلك أن يكون اختلال
التعادل في مصلحة المشتري أو في مصلحة البائع .

فاذا احتاج المدين الى مبلغ من المال يقف به اجراءات نزع الملكية المتخذة
ضده ، فانه يقدر كل جنبه من هذا المبلغ بجنبه ونصف مثلا . فاذا باع في
سبيل الحصول على هذا المبلغ عقلاؤه بثلى قيمته المادية، فلا يكون ثمة اختلال

في التعادل بين قيمة المبيع وقيمة الثمن الشخصية في نظر البائع . أما اذا باعه بثك قيمة المادية فقط ، كان هناك اختلال في التعادل لمصلحة المشتري .

واذا وجد أحدهما جمع طوابع البريد طابعاً نادراً ينقصه لتكملة مجموعته ، فانه يقدر قيمته بمقدار ما تزداد به قيمة تلك المجموعة ، في حين أن غير من الهواة الذين يملكون مثل هذا الطابع أو الذين تنقص مجموعاتهم عدة طوابع أخرى لا يقدرونه بمثل هذه القيمة ، اذ يمكن أن يقدره هو بخمسة جنيهات بينما لا يقدره الآخرون بأكثر من جنيه واحد . فاذا اشترى الأول هذا الطابع بخمسة جنيهات ، لم يكن ثمة اختلال في التعادل بين قيمة المبيع والثمن . أما اذا اشترى بمشرة جنيهات ، كان هناك اختلال فادح لمصلحة البائع .

وتظهر الفداحة في اختلال التعادل من مقارنة رقم هذه القيمة الشخصية للبيع برقم الثمن . وبذلك قاضي الموضوع في كل حالة تقدير الرقم الذي يبلغ به الاختلال في التعادل حد الفداحة ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض بشرط تسيب حكمه في هذا الشأن تسيباً سائفاً .

وقد يبادر الى الذهن أنه لا محل للطعن بالاستغلال في البيوع الاحتمالية لتعذر تحديد قيمة التزامات كل من الطرفين من وقت العقد^(١) . ولكن المذكرة الايضاحية أشارت صراحة الى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يطعن فيها على أساس الغبن اذا اجتمع فيها معنى الافراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقدين أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه^(٢) . وأهم تطبيق لذلك في عقود البيع حالة بيع العقار في مقابل اراد مرتب مدى الحياة يقل قسطه السنوي كثيراً عن قيمة غلة هذا العقار السنوية . فقد تقدم أن الثمن يعتبر في مثل هذه الحالة ثمناً حقيقياً يكفي لانعقاد البيع ، ولكنه يعتبر ثمناً مجسماً . فاذا

(١) انظر كتابنا في مصادر الالتزامات ثمة ٢٢٢ من ٢٨٩ و ٢٩٠ .

(٢) المذكرة الايضاحية لقاعدة ١٢٩ في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢٠ من ١٩١ .

كان واضحاً أن كسب المشتري من هذه الصفقة لا يتناسب مطلقاً مع ما يتعرض له من احتمالات الخسارة فيما لو طالبت حياة البائع وانحطت غلة المبيع ، فإن اختلال التعادل بين التزامات الطرفين يعتبر فادحاً ويكفي للطعن على العقد بالاستغلال إذا توافرت سائر شروطه .

٢ - والشرط الثانی وجود ضعف من نوع خاص في نفس أحد العاقدین هو طیش بین أو هو ی جامع^(١) ، ثم استغلال العاقد الآخر هذا

(١) ويلاحظ أن النص الأصل للمادة ١٢٩ كان أوسع من ذلك كثيراً ، فكان ينطى حالات استغلال حاجة العاقد المنبؤ أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه ، بل كان هناك نص المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى في باب الاكراه ينطى حالات الخوف من المطالبة بحق وحالة التفتؤ الادبى وحالة الضرورة ، ثم رؤى حذف هذا النص الاخير اعتماداً على نص المادة ١٧٩ التى هي أصل المادة ١٢٩ الحالية الاستغلال في سبقتها الأصلية الواصفة ، فلذا ضيق هذا النص الاخير وقصر على حالتى استغلال الطیش الین والهوى الجاهل أصبح لا ينطى الحالات المشار اليها ، فتمن الرجوع في شأنها الى تطبيق قواعد الاكراه أو غيره من عيوب الرضا (انظر الشهورى في الوسيط ج١ ص ٣٦٤ هامش ١ ، فاضل جيفى في الاستداد القانونى لعمود الإيجار ، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ص ٣٣ هامش ١) .

وقد أخذت محكمة النقض ، لا بذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٥٤ الذى رفضت فيه الطعن في حكم أبطل تصرفاً بناء على ما عثت من تسلط على ارادة المتصرف (مجموعة أحكام النقض ٦ - ٣٥٧ - ٣٣) ، حيث كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه قد خلص الى « أن المورث وقد هدم في شيخوخته وأمان عليه المرض واشتد حتى شعر بدنو أجله انحلّت ارادته ، فسلط عليه من اولاده فاستكنبوه القعود بشين لم يحميه ، وأنه ولأن المجلس المحسب لم يصدر قراره بتوقيع الحجر لوفاة المطلوب الحجر عليه أثناء اجراءات تحقيق طلب الحجر الا أن المجلس أذن للدميين برفع هذه الدعوى بطلب بطلان تصرفات مورثهما ، وفي ذلك أبلغ دليل على اقتناع المجلس حينئذ بصحة طلب الحجر عليه » . وقالت محكمة نقض ومؤدى ماخلص اليه المحكمان من أن المورث - وقد كان مطلوباً الحجر عليه لفته على ما أثبتته المحكمة - انحلت ارادته ولم يكن في حالة طبيعية وأن المجلس المحسب اذ صرح للمنون عليهما الأولى والثانية برض الدعوى كان مقتناً بصحة طلب الحجر المبني على السبب المذكور ، مؤدى ذلك أن المورث كان في حالة من ضعف الارادة لا توافر معها صحة الرضا بالعمود الصادرة منه ، وهو ملجأ المحكمان أساساً لصلاتها ... وما خلص اليه المحكمان من ذلك تزدى اليه وهجم للدعوى كما سبق بيانها ولا يعوقه تصور أو فساد في الاستدلال » .

الضئف فيه لغبه . والمقصود بذلك حالة نفسية خاصة يوجد فيها أحد العاقدين وتجعل رضاه صادراً في غير تبصر وتقديره للالتزامات المتبادلة غير سليم . وهذا ما يجعل الاستغلال نوعاً من عيوب الرضا . ولا يكفي وجود هذه الحالة النفسية بأحد العاقدين بل يجب فوق ذلك أن يعلم بها العاقد الآخر وأن يقصد استغلالها للفوز بصفقة لا يتنبأ له الحصول عليها بدون استغلال مثل هذه الحالة النفسية .

٣ — ولا يكفي وجود العنصر المادى للاستغلال وهو اختلال التعادل بين التزامات كل من البائع والمشتري اختلالاً فادحاً ، ووجود طيش بين أو هوى جامع بأحد العاقدين وقصد العاقد الآخر استغلال هذه الحالة النفسية بل يجب أن يثبت أن العاقد المغبون ما كان يقبل التعاقد بهذا الغبن لولا استغلال الطرف الآخر طيشه البين أو هواه الجامح . أما لو ثبت أن الطرف المغبون كان يرضى بهذا التعاقد ولو لم يقصد الطرف الآخر استغلاله فلا تتوافر شروط الطعن بالاستغلال^(١) .

١٣٤ — (ب) أحكام الطعن بالاستغلال — متى توافرت شروط الطعن بالاستغلال، جاز للعاقدين المغبون أن يطلب إما إبطال العقد وإما نقص التزاماته ، على أن يرفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

فاذا طلب المغبون إبطال العقد ، جاز للقاضي أن يحميه الى طلبه اذا رأى أن الاستغلال بلغ حد افساد الرضا وأنه كان سبباً في حمل العاقد المغبون على التعاقد . وفي هذه الحالة يجوز للطرف الآخر أن يتوقى إبطال العقد اذا عرض زيادة التزاماته بما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن الفاحش .

(١) أنظر في ذلك كتابنا في مصادر الالتزامات نبذة ٢١٤ ص ٢٩٢ ، أوه سنيت نبذة ١٩٦ .

أما إذا رأى القاضى أن الاستغلال لم يبلغ هذا الحد أو أن العاقد المغبون كان بغير هذا الاستغلال يقبل التعاقد بشروط معقولة ، جاز له رفض طلب الإبطال والاكتفاء بنقص التزامات العاقد المغبون بائناً كان أو مشترياً .

وإذا طلب المغبون نقص التزاماته ، تعين على القاضى أن يجيبه الى طلبه متى توافرت شروط الاستغلال .

فإذا كان المغبون هو البائع ، تعين على القاضى أن ينقص ما يلتزم البائع بنقل ملكيته الى المشتري ولم يجوز له أن يزيد في الثمن الذى يجب على المشتري لأن ذلك قد يؤذى المشتري . وإنما إذا عرض المشتري زيادة الثمن الى الحد الذى يفتق معه الغبن الفاحش ، جاز له أن يتمسك بحقه فى اخذ المبيع كاملاً إذ تنعدم مصلحة البائع فى نقص المبيع ويعتبر متعسفاً فى استعمال حقه اذا تمسك بذلك .

وإذا كان المغبون هو المشتري ، تعين نقص الثمن الذى التزم به ولم يجوز الزام البائع بزيادة مقدار المبيع بما يعادل الثمن المسمى ، لأن القانون نص على نقص التزامات المغبون ولم ينص على زيادة التزامات الطرف الآخر .

على أنه إذا كان المغبون يؤثر زيادة التزامات الطرف الآخر على نقص التزاماته هو ، كان سبيله الى ذلك أن يطلب الإبطال ، فيحمل العاقد الآخر على أن يتوقاه بمرض زيادة التزاماته زيادة رفع الغبن^(١) .

١٣٥ - (٢) حكم ضامن بالغبن فى مائة بيع مملوك غفار بغير تأمل الأهلية -
أورد المشرع فى التقنين المدنى الحالى نصاً يقابل نص المادة ٣٣٦ / ١٩٤٩

(١) انظر كتاباً فى مصادر الالتزامات بنسخة ٢٢٦ ص ٢٩٣ .

من التفتين الملقى حيث قرر في المادة ٤٢٥ منه أنه إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فالبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل . ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم المقار بحسب قيمته وقت البيع .

وظاهر أن هذا النص قد رسم الشروط الواجب توافرها للاعتداد بالغبن في عقد البيع ، كما بين الجزاء الذي يترتب على الغبن الذي تتوافر فيه تلك الشروط .

أما الشروط ، فهي الشروط ذاتها التي كان يشترطها التفتين الملقى مع تعديل يسير فيها ، وهي :

(١) أن يكون المبيع عقاراً . أما إن كان منقولاً ، فلا يجوز الطعن في العقد إلا وفقاً لما تقدم في نظرية الاستغلال . ويعتبر بيع المتجر fonds de commerce بيع منقول ، فلا يجوز الطعن فيه بالغبن^(١) وكذلك بيع المبنى بقصد هدمه والحصول على أنقاضه^(٢) .

(٢) أن يكون هذا العقار مملوكاً لشخص لا تتوافر فيه الأهلية الكاملة لبيع العقار محل التعاقد بالذات^(٣) . سواء كان هذا الشخص عديم الأهلية أو ناقصها . وهذا تعديل ظاهري في نص القانون القديم الذي لم يكن يذكر إلا القاصر ، في حين أن المحاكم كانت تطبقه على جميع من لم تكن تتوافر فيهم الأهلية .

(٣) أن يقع في البيع غبن يزيد على خمس ثمن المثل . ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم المقار بحسب قيمته وقت البيع ، وأن

(١) السنهوري في الوسيط ج ٤ نفاة ٢٢٠ ص ٣٠٣ .

(٢) لبيب شلب ص ٥٣ .

(٣) فقد يكون الشخص ناقص الأهلية لبيع العقارات عموماً ، ولكنه جنت بالأهلية لبيع عقار معين قطعياً لو كان قد اشترى هذا العقار من كسب عمله أو كان هذا العقار له على الزوجة بالتامس على سبيل المهر (أنظر ما-جرجي في نفاة ١٢٨) .

تراعى فى ذلك قيمته المادية بحسب قانون العرض والطلب ، لا قيمته الشخصية عند المشتري^(١) . ويكفى توافر هذا الغبن دون حاجة الى ان تكون ارادة المغبون معيبة^(٢) .

(٤) أن يقع هذا الغبن على البائع لا على المشتري ، أى أن يكون البيع قد تم بشئ يقل عن أربعة أخماس ثمن المثل ، فيجوز للبائع أن يرفع الدعوى المنصوص عليها فى المادة ٤٢٥ . اما اذا تم البيع بشئ يجاوز ثمن المثل ، فلا يكون للمشتري هذا الحق ولو بلغت الزيادة ضعف ثمن المثل أو أضعافه الا إذا توافرت فيه شروط نظرية الاستغلال وفقاً لما تقدم فى النبة السابقة .

(٥) ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني وفقاً لاحكام القانون ، كما فى بيع مال المدين يبيعاً جبرياً وقام لديونه ، وبيع غير كامل الاهلية اذا اشترطت المحكمة اجراءه بالمزاد العلني وتم البيع فعلاً بالمزاد وفقاً للاجراءات المقررة لذلك ، لأن نظام المزاد العلني مفروض فيه أن يكفل للبائع الحصول على أعلى ثمن ممكن ، فلا محل معه لافتراض وقوع الغبن ولا للسماح للبائع بطلب تكملة الثمن .

ومضى توافرت هذه الشروط لا يكون للبائع طلب ابطال البيع بسبب الغبن وحده دون أن يكون هذا الغبن نتيجة غلط أو تدليس أو اكراه ، وانما يثبت له فقط حق طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل .

وترفع دعوى تكملة الثمن من الشخص الذى يبيع عقاره بعد أن يستكمل اهليته أى بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجز عنه ، أو من ورثته بعد وفاته .

(١) السهبوري فى الوسيط ج٤ نبذة ٢٢٢ ص ٤٩٧ .

(٢) والاصل أنه لا يجوز الطعن بالنين فى البيع الاحتمالية لتصفو معرفة قيمة التزامات كل من طرفيها وقت العقد وبالتالي تمرد مدى ما تنطوى عليه من غبن . غير أنه اذا كانت ظروف البيع الاحتمالي تكشف فى جلاء عن أن التزامات المقتري لا يمكن بأى حال أن تجاوز حداً معيناً وكان هذا الحد الأهمى ينطوى على غبن بائع العار بأكثر من خمس ثمن المثل ، جاز لهذا الأخير أن يملك بهذا النين وأن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل (ليبب شلب ص ٥٥ ، بيريير Deprez فى المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٥٥ ص ١ وما بعدها) .

ويرى بعض الشراح أنه لا يجوز رفعها من الولي أو الوصي أو القيم باعتبار أن الحق في تكملة الثمن حق متصل بشخص غير الكامل الأهلية^(١). ولكننا لا نرى أن هذا الحق متصل بالشخص بتاتاً ولا نرى مانعاً من أن يباشره الولي أو الوصي أو القيم^(٢)، وإن كان ذلك غير متصور عملاً إلا في حالة صدور البيع من ناقص الأهلية نفسه ، وفي هذه الحالة يغني طلب الإبطال بسبب نقص الأهلية عن طلب تكملة الثمن ، أو إذا كان الولي أو الوصي أو القيم الذي صدر منه البيع قد تغير وحل محله غيره^(٣) . ولذلك لم يعول المشرع كثيراً على الأولياء أو الأوصياء أو القائمة في استعمال هذه الدعوى . فجل مدة التقادم الخاصة بها لا تبدأ إلا من وقت اكتمال الأهلية لم يبيع عقاره .

وفي جميع الأحوال يجب أن ترفع هذه الدعوى قبل انقضاء ثلاث سنوات من وقت اكتمال البائع أهليته أو من وقت موته إذا مات قبل أن تكتمل أهليته (المادة ٤٢٦ فقرة أولى) . ولا تقف هذه المدة ولو كان بين ورثة البائع من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب يمثلها قانوناً ، لأن الوقف لا يسرى على التقادم الذي لا تجاوز مدته خمس سنوات (المادة ٣٨٢/٢ مدني) . ومتى حكم للبائع بتكملة ثمنه ؛ فاما أن يوفى المشتري فرق الثمن وأما أن يمتنع . وفي هذه الحالة الأخيرة يجوز للبائع إذا لم يكن قد سلم المبيع إلى المشتري أن يجبره إلى أن يستوفي الفرق . كما يجوز له أن ينفذ بهذا الفرق على أموال المشتري بما فيها المبيع ، ويكون حقه في فرق الثمن مضموناً بامتياز

(١) انظر المحلل وحامد زكي نبذة ٤٧٤ ، كامل حرمي نبذة ١١١ .

(٢) في هذا المعنى السهوي ج٤ نبذة ٢٢٣ ص ٣٩٩ ، منصور نبذة ٣٦ ص ٦٣ ،

إسماعيل ظالم ص ٨٤ ، لبيب شنب ص ٥٤ و ص ٥٦ نبذة ٣٣ .

(٣) والنائب في هذه الأحوال أن لا يتم البيع إلا بعد استصدار إذن به من المحكمة ،

وعلى ألا يؤذن عادة إلا بعد التحقق من عدم الثمن ، وإذا حصل التصرف دون إذن المحكمة

فانه يكون غير نافذ في حق الشخص غير الكامل الأهلية .

(١٦٦ - م - بيع)

البائع على المال المبيع ويجوز له أيضاً أن يطلب فسخ البيع لاخلال المشتري بالتزاماته^(١).

وإذا حكم له بالفسخ ، فإن هذا الحكم لا يحتاج به على الغير حسن النية الذي تلقى من المشتري حقاً عينياً على العقار المبيع (المادة ٢٦٦ فقرة ثانية). فثلاً إذا باع المشتري العقار الى آخر وسجل هذا عقده قبل أن يرفع البائع الأصلي دعوى الفسخ أو بعد رفعها وقبل تسجيل صحيفة دعواها وفقاً لأحكام قانون الشهر العقاري، فإن حكم الفسخ لا يمكن أن يحتاج به على المشتري الثاني، فيحفظ هذا بملكية العقار ويستحيل حق البائع الأصلي الى تعويض ويشمل التعويض في هذه الحالة قيمة المبيع كاملة ولا يكتفى فيه بأربعة أخماسها^(٢). ولذلك يكون من مصلحة البائع في مثل هذه الحالة أن يبادر الى التأشير بحكم تسكلة الثمن في هامش تسجيل عقد البيع حتى يستطيع الاحتجاج بامتياز البائع على الغير الذين يكسبون حقوقاً عينية على العقار بعد هذا التأشير . فإذا أراد رفع دعوى الفسخ بعد ذلك وجب عليه أن يستوثق أولاً من أن المشتري لم يتصرف في المبيع ، ثم يرفع دعوى الفسخ ويبادر الى تسجيل عريضتها حتى يستطيع الاحتجاج بحكم الفسخ - متى صدر - على من يكون قد سبق أن كسب حقاً عينياً على العقار في الفترة ما بين تسجيل دعوى الفسخ وصدور الحكم فيها . أما إذا وجد قبل رفع دعوى الفسخ أن المشتري قد تصرف للغير في العقار وأن الغير قد حفظ حقه بتسجيله ، انهدمت مصلحته في الفسخ وكان الأولى به أن يتخذ بفرق الثمن على أموال المشتري فضلاً عن حقه في تتبع المبيع في يد المتصرف اليه بمقتضى ما له عليه من امتياز .

وبلاحظ أن القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال قد ضيق من ولاية الأوصياء في التصرف في عقارات الأشخاص

(١) الشورى في الوسيط ج ٤ ص ٣٩٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٠٢ هامش ٥ .

الذين لا تتوافر لهم الأهلية ، فاشتراط في صحة هذه التصرفات اذن المحكمة بها في جميع الأحوال الا أن يكون التصرف صادراً من الأب فيما لا يتجاوز قيمته ثلثائة جنيه ، وأجاز للمحكمة أن ترفض الاذن اذا كان في البيع غبن يزيد على خمس القيمة (المادة ٧) ، فأصبح لا يتصور وقوع بيع ينطبق عليه حكم المادة ٢٥ مدني الا أن يكون البيع صادراً من الأب فيما لا يتجاوز قيمته ثلثائة جنيه أو يكون البيع صادراً من ناقص الأهلية نفسه . وفي هذه الحالة الاخيرة يفنى طلب ابطال العقد لنقص الأهلية عن طلب تكملة الثمن . غير أنه اذا وجدت البائع مصلحة في التمسك بالبيع ، جاز له أن يزل عن حقه في ابطال العقد فيجيزه ، ويبقى له حق تكملة الثمن . وتحقق هذه المصلحة اذا نزلت قيمة المقار المبيع وقت الطعن بالنقض عما كانت عليه وقت البيع بحيث تكون تكملة الثمن التي يحصل عليها من وراء الطعن بالنقض خيراً له من استرداد المبيع اذا هو طعن في البيع بالبطلان .

فصل ثانى

أهلية الماقدين

١٣٦ - التمييز بين الأهلية والولاية - الأهلية - والمقصود هنا أهلية الأداء - هى صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالأعمال القانونية والقضائية المتعلقة به . أما الولاية بالمعنى العام فهى صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بغيره وحساب ذلك الغير^(١) . وسرى أن الولاية معنى خاصاً يقصد به الولاية الشرعية وهى التى تثبت بحكم القانون للأب وللجد الصحيح .

والأهلية هى شرط لصحة العقد . أما الولاية عن الغير فضرورية لانعقاد العقد باسم الغير . وكان المنطق يقضى باعتبار الولاية من شروط الانعقاد ويجعل جزاءها البطلان المطلق . غير أنه لأن بعض نصوص القانون وأحكام المحاكم تسمح باجادة العقد الذى يقع خارج حدود الولاية ، اعتبرت الشراح والمحاكم هذا العقد فى حكم العقد القابل للإبطال . ولذلك جرينا معهم على تقريب الولاية من الأهلية ودراستها معها بمناسبة شروط الصحة .

وسنمعرض فيما يلى للأهلية ، ثم للولاية ، ونختم البحث الخاص بهذه بعرض حكم القانون الذى يمنع الموكلين فى البيع من شراء ما وكلوا فى بيعه .

(١) انظر كتابنا فى شرح القانون المدنى ج ١ سنة ١٩٦٧ ص ٦٠٨ نبذة ٣١٧ ، ج ٢ سنة ١٩٦ ص ١٤٦ نبذة ١٦٠ ، وأيضاً بلايول وريير وبولانجيه ج ١ ط ٥ سنة ١٩٥٠ نبذة ٢١٥٠ .

المبحث الأول

في الأهلية

١٣٧- الأهلية اللازمة لعقد البيع - اتفقت الشرائع على إلحاق أهلية الأداء بمسائل الأحوال الشخصية . وهذه المسائل يطبق فيها القانون تطبيقاً شخصياً لا إقليمياً .

وقد نصت المادة ١١ من التقنين المدني الحالي على أن أهلية الأشخاص يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بحسبتهم (وكانت تقابلها المادة ١٣٠ / ١٩٠ مدى قديم) .

وبناء على ذلك إذا كان العاقد أجنبياً ، كان الفصل في أهليته لإبرام عقد البيع أو عدمه وفقاً لقانون بلده : وإن كان مصرياً ، فطبقاً للقانون المصري . ولأن الأهلية تدخل في مسائل الأحوال الشخصية ، ولأن قانون الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين يختلف باختلاف ديانتهم ، كانت أهلية المسلمين منهم تحددها فيما مضى أحكام الشريعة الإسلامية ، وأهلية غير المسلمين تعين وفقاً لقوانينهم الملية .

غير أن المشرع أصدر عدة تشريعات وحدبها أكثر أحكام الأهلية بالنسبة إلى المصريين جميعاً ، من ذلك قانون المجالس الحسبية الذي صدر في سنة ١٩٢٥ ثم استبدل به قانون المحاكم الحسبية الذي صدر في سنة ١٩٤٧ ثم المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال . ومن ذلك أيضاً النصوص التي ضمنها المواد ١٠٩ وما بعدها من التقنين المدني الحالي .

وقد كان التقنين المدني الملغى يتضمن في باب البيع نصين خاصين بأهلية كل من البائع والمشتري (المادتان ٢٤٦ و ٢٤٧ / ٣١٢ و ٣١٣) ، ولم يكن لوجود

هذين النصين في باب البيع دون غيره سبب مفهوم ، وبخاصة أنهما كانا يميزان بين الأهلية اللازم توافرها في البائع والأهلية اللازم توافرها في المشتري ، مع أن البيع يعتبر بالنسبة الى كل منهما عملاً من أعمال التصرف فلا محل لاختلاف الأهلية اللازمة في كل منهما عنها في الآخر .

لذلك رأى واضعوا التقنين الحالي الاستغناء عن هذين النصين ، والاكتفاء بالأحكام العامة المتعلقة بالأهلية .

وتقتضى هذه الأحكام بتقسيم الأشخاص من حيث أهلية الأداء ثلاثة أقسام رئيسية :

الأول يشمل كامل الأهلية أى الذين يجوز لهم مباشرة جميع التصرفات ، ومنها البيع ، وهم الأشخاص الذين بلغوا سن الرشد وهى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ولم يحكم باستمرار الولاية أو بتوقيع الحجر عليهم (١) .

والثانى يشمل عديمى الأهلية وهم الصغير غير المميز أى الذى لم يبلغ السابعة من عمره والمعتوه والمجنون (المادة ٤٥ مدنى) . هؤلاء لا تكون لهم أهلية لمباشرة أى عقد من العقود . وان باشروا شيئاً منها وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً (المادتان ١١٠ و ١١٤ مدنى) . غير أن هذا البطلان يتوقف فى حالة التصرفات الصادرة من المعتوه والمجنون على كون التصرف صادراً منهما بعد تسجيل قرار الحجر أو على ثبوت أن حالة المجنون أو ألامته شائعة وقت التعاقد ، أو على علم الطرف الآخر بها (المادة ١١٤ مدنى) .

والثالث يشمل ناقصى الأهلية وهم وفقاً للمادة ٤٦ مدنى كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سقيها أو ذا غفلة .

(١) المادة ٤٤ مدنى والمادة ١٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص

بالولاية على المال .

ومظهر النقص في أهلية هؤلاء أن حكم تصرفاتهم يختلف بحسب طبيعة هذه التصرفات . وقد قررت هذا الحكم المادة ١١١ مدني حيث نصت على أنه « إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة فمما محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً . أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الاجارة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون » .

ويعتبر البيع بالنسبة الى كل من البائع والمشتري من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر ، شأنه في ذلك شأن جميع العقود الملزمة للجانبين ، فيشترط في كل من عاقديه أن يكون كامل الأهلية أى بالغاً احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ولم يحكم باستمرار الوصاية أو بتوقيع الحجر عليه . غير أن الصبي المميز ومن في حكمه تكون لهم أهلية ناقصة بالنسبة الى عقد البيع ، بمعنى أن البيع الذي يصدر منهم — وإن كان لا يعتبر صحيحاً صحة كاملة كالعقد الذي يصدر من كامل الأهلية — ينتج آثاره ولكنه يكون قابلاً للإبطال بناء على طلب القاصر أو المحجور عليه .

هذه هي القاعدة فيما يتعلق بالصبي المميز ومن في حكمه . غير أن القانون قد خرج على هذه القاعدة بأن وسع في أهلية الصبي المميز بالنسبة الى بعض التصرفات في حدود معينة لاعتبارات تتعلق ببعض الأموال التي توضع تحت تصرف الصبي أو تتصل ببلوغ الصبي سناً معينة .

فيتعين بعد أن عرفنا أنه يلزم في أبرام البيع توافر الأهلية الكاملة أى بلوغ سن الحادية والعشرين دون صدور قرار باستمرار الوصاية أو توقيع الحجر ، أن نبين الأحوال التي يملك فيها الصبي المميز ومن في حكمه أهلية البيع والشراء .

١٣٨ - أموال مملك فيها الصبي المميز أو من في حكم أهلية البيع والشراء - على أن القانون قد اعترف للصبي المميز بالأهلية اللازمة للتعاقد بالبيع والشراء في بعض الأحوال وبشروط معينة نص عليها قانون الولاية على المال ، وأهمها :

(١) نصت المادة ٦١ من القانون المذكور على أن للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، وبصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط ، ، فيملك القاصر بناء على ذلك أن يشتري بالنقود التي تعطى له لأغراض نفقته ما يلزمه من حاجيات . كما يملك إذا كان المال الذي سلم إليه لنفقته من غير النقود أن يبيعه ليشتري بتمنه ما يلزمه من حاجيات . وفي كائنا الحالين يقع البيع والشراء منه صحيحا في حدود المال المسلم إليه لنفقته ، فإذا تجاوز هذه الحدود كان التزامه قابلا للإبطال . ويلاحظ أن هذا الحكم ينطبق على القاصر أيا كانت سنه ما دام مميزا لأن القانون لم يحدده بسن معينة ، وأن القانون قد خص القاصر بهذا الحكم ولم ينص على سريانه على المحجور عليه لسفه أو غفلة كما فعل بالنسبة إلى حكم القاصر المأذون له في تسلم أمواله وإدارتها .

(٢) ونصت المادة ٦٢ على أن ويكون للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته ، . وبناء على ذلك يجوز للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة ، وأصبح يكسب من عمله ، أن يشتري ما يشاء بكسب عمله ، ويقع شراؤه صحيحا مادام لا يلتزم فيه بأكثر مما يكسبه من عمله . وإذا اشترى شيئا بما كسبه من عمله ، جاز له أن يبيع هذا الشيء ، ويكون يبيعه صحيحا كما كان شراؤه . ويترتب على تخويل هذا القاصر أهلية التصرف فيما

يكسبه من عمله أن يكون له أيضاً أعمال الإدارة فيما يتعلق بكسبه ، ولا يسرى الحكم على المحجور عليه لسفه أو غفله لعدم نص القانون على ذلك .

(٣) نصت المادة ٦٠ على أنه ، إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك اذناً له في التصرف في المهر والنفقة مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الاذن أو في قرار لاحق ، . وبين من ذلك أنه إذا أذنت المحكمة في زواج قاصر — والاذن لا يكون الا متى بلغت الصغيرة السادسة عشرة أو الصغير الثامنة عشرة وفقاً للقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ — فإن كان القاصر هو الزوج ثبت له أهلية اعطاء المهر والنفقة ، وإن كانت الزوجة ثبتت لها أهلية التصرف في المال الملقى لها على سبيل المهر أو النفقة ، فيجوز لها أن تشتري به ما يلزمها من الحاجيات التي ينفق فيها المهر عادة أو من الحاجيات التي تشملها النفقة . وتكون لها في هذا الشراء أهلية كاملة (المادة ٦٤) .

(٤) ونصت المادة ٥٤ على أن للولى أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، كما نصت المادة ٥٥ على أن القاصر المشمول بالوصاية يجوز للمحكمة متى بلغ الثامنة عشرة أن تأذنه بعد سماع أقوال الوصي في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وفي كلتا الحالين يملك القاصر أن يباشر أعمال الإدارة (المادة ٥٦) . ويدخل في ذلك كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه هذه الإدارة كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة . وفي كلتا الحالين يملك القاصر أيضاً أن يتصرف في صافي دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً (المادة ٥٦ فقرة ثانية) .

ويسرى ذلك أيضاً على المحجور عليه لسفه أو الغفلة إذا أذنت المحكمة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفقاً للمادة ٦٧ من قانون الولاية على المال .

(هـ) ونصت المادة ٥٧ على أن القاصر الذي يبلغ الثامنة عشرة ، يجوز له ، سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية ، أن يتجر اذا أذنته المحكمة في ذلك . ويجوز أن يكون اذن المحكمة مطلقاً أو مقيداً . ففي حدود هذا الاذن يكون للقاصر المأذون في التجارة أهلية كاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بتجارته .

المبحث الثاني

في الولاية

١٣٩ - الولاية للوزير لعقد البيع - تشترط الأهلية فيمن يتعاقد بنفسه لحساب نفسه . أما من يتعاقد لحساب غيره فاصداً الزامه ، فيجب أن تكون له ولاية التعاقد عن ذلك الغير والزامه بما يعقده هو على ذمته من عقود . والولاية المطلوبة في كل عقد - كالأهلية - تختلف حسب طبيعة العقد ودرجة خطورته .

فالجهة مثلاً تعتبر من العقود التي تأتي في المرتبة الأولى من الخطورة لأنها عمل ضار بالواهب ضرراً محضاً ، فيشترط فيمن يباشرها بالنيابة عن الواهب ولاية خاصة هي ولاية التبرع .

ويأتي بعدها في درجة الخطورة عقد البيع ، وهو من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، ويشترط فيمن يباشره بالنيابة عن البائع أو عن المشتري أن تكون له ولاية التصرف .

١٤٠ - تعيين مدود الولاية في الأموال المختلفة - متى ثبتت لشخص ولاية التعاقد باسم غيره ، كان الأول نائباً عن الثاني وكان الثاني أصيلاً والعلاقة بينهما علاقة نيابة .

وتنفاً النيابة اما من عقد بين طرفيها كما في نيابة الوكيل عن الموكل ونيابة

مدير الشركة عن الشركة ، وأما عن نص في القانون كما في نيابة الأولياء الشرعيين والأوصياء والقامة.

وبعين العقد في الحالة الأولى ، أو القانون في الحالة الثانية ، حدود النيابة . فيجب في كل حالة الرجوع الى العقد أو الى القانون لتعيين حدود نيابة النائب ومعرفة ما اذا كان يملك ولاية مباشرة البيع والشراء عن الأصيل أو لا يملكها .

١٤١ - في أموال النيابة المتعاقبة - أم أحوال النيابة الانفاقية نيابة الوكيل . وهذه النيابة يعين حدودها عقد الوكالة . وقد عرفته المادة ٦٩٩ مدني بأنه عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل .

وإذا خصص التوكيل بعمل قانوني معين ، فإنه لا يخول الوكيل صفة النيابة عن الموكل الا في هذا العمل بالذات .

والوكالة من هذه الناحية ثلاث درجات : وكالة محددة ، ووكالة خاصة ووكالة عامة .

فالوكالة المحددة هي ما كانت مقصورة على عمل قانوني معين على وجه التخصيص ، كتوكيل شخص في هبة أرض معينة أو في بيع منزل معين . وهي تخول الوكيل ولاية مباشرة العمل القانوني المعين فيها . فإذا كان هذا العمل بيع عين معينة أو شراءها ثبتت للوكيل ولاية مباشرة .

والوكالة الخاصة هي ما كانت مقصورة على نوع معين من الأعمال القانونية كالبيع والصلح والإقرار ولو لم يعين فيها عمل هذا العمل على وجه التخصيص (المادة ٧٠٢قرة ثانية) وهي تخول الوكيل ولاية مباشرة هذا النوع من الأعمال القانونية بالنسبة الى أى مال من أموال الموكل . فالوكالة في البيع

تعتبر وكالة خاصة ولو لم يذكر فيها المال المراد بيعه ، وتخول الوكيل ولاية بيع أى مال من أموال الموكل .

والوكالة العامة هى التى ترد فى ألفاظ عامة لا تخصص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل . وهى لا تخول الوكيل صفة الا فى أعمال الادارة كالاجارة التى لا تزيد مدتها عن ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ... الخ .

وظاهر أن الوكالة العامة لا تخول الوكيل ولاية البيع ، وأن الوكالة الخاصة والوكالة المحددة تخولانه اياها . ولكن الوكالة الخاصة تكنى فى تخويل الوكيل ولاية بيع أى مال من أموال الموكل ، ولا يشترط فى البيع أو الشراء بمقتضى توكيل عن الغير أن يمين فى التوكيل بالبيع المال المراد بيعه أو شراؤه .

١٤٢ — فى أموال النيابة القانونية — تثبت النيابة القانونية بوجه خاص للأولياء الشرعيين والأوصياء والقائمة وكلاء الغائبين . وهم أشخاص يخولهم القانون صفة النيابة عن عديمى الأهلية أو ناقصيها فى كل التصرفات القانونية أو فى بعضها .

والقانون هو الذى يمين مدى ولاية كل من هؤلاء الأشخاص .

وقد تولى ذلك أول الأمر قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ ثم استبدل به قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ ، ثم ألغى هذا القانون الأخير وحل محله المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ٢ أغسطس ١٩٥٢ .

وقد ميز القانون الأولياء الشرعيين وم الأباء والجدد الصحيح غولها سلطات أوسع بوجه عام عما خوله الأوصياء والقائمة وكلاء الغائبين ، ولكنه فيها يتطرق بالبيع والشراء ميز الأباء عن الجد .

ويعتبر الحارس القضائي أيضاً نائباً قانوناً عن ذى الحق في المال الموضوع تحت الحراسة ، ويعتبر الدائن المرتهن وهنا حيازياً نائباً قانونياً عن الراهن في ادارة المال المرهون .

١٤٣ - (١) سلطة الوكيلاء الشرعيين - تثبت الولاية على مال القاصر للأب ثم للجد الصحيح اذا لم يكن الأب قد اختار وصياً (المادة الاولى من قانون الولاية على المال) .

والأصل في الشريعة الاسلامية أن الولي الشرعي ، أباً كان أو جداً ، يملك - فيما عدا التصرفات الضارة بمال الصغير ضرراً محضاً - مباشرة جميع أنواع التصرفات المتعلقة بمال الصغير مع بعض قيود وردت فيما يتعلق بالبيع ، أى أن الأصل فيها أن الولي يملك البيع بقبود .

غير أن القانون قد غاير فيما يتعلق بالتصرف في مال القاصر .

فنصت المادة ١٥ من قانون الولاية على المال على أن لا يجوز للجد بنزير اذن المحكمة التصرف في مال القاصر اطلاقاً ، سواء كان هذا المال عقاراً أو منقولاً ، وسواء كان المنقول نقداً أو مالا آخر . فلا يجوز للجد وفقاً للقانون الجديد بيع شيء من مال القاصر أو شراء شيء له بشئ من ماله الا باذن المحكمة .

أما الأب ، فقد نصت المادة ٧ فقرة أولى من القانون على أن لا يجوز له أن يتصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثائة جنيهه الا باذن المحكمة . ومؤدى ذلك أنه يجوز للأب بدون اذن المحكمة التصرف في جميع أموال ولده القاصر المنقولة أيا كانت قيمتها ، ولا يستثنى من ذلك غير المحل التجارى والأوراق المالية اذا زادت قيمته أو قيمتها عن ثلثائة جنيهه . وكذلك يجوز له التصرف في العقار اذا لم تجوز قيمته ثلثائة جنيهه .

أما إذا زادت قيمة العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية عن هذا الحد ، فلا يجوز له التصرف فيها الا باذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن في هذه الحالة الا اذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (المادة ٧ فقرة ثانية) . ومع ذلك يجوز للأب أن يتصرف بدون اذن المحكمة في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثائة جنيه متى كانت هذه الأموال قد آلت الى القاصر من طريق التبرع من أبيه ، صريحاً كان التبرع أو مستتراً (المادة ١٣ من القانون) . وبالعكس من ذلك لا يجوز للأب أن يتصرف في أموال القاصر المنقولة أو في أمواله العقارية ولو لم يتجاوز قيمتها ثلثائة جنيه الا باذن المحكمة وتحت اشرافها اذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في المال الموروث (المادة ٨) .

ولا يجوز للولى ، أباً كان أو جداً ، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن خاص من المحكمة (المادة ٧) . غير أن الأب يجوز له ، سواء في الحالات التى يحتاج فيها الى اذن من المحكمة أو التى لا يحتاج فيها الى اذن ، أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر الا اذا نص القانون على ذلك (المادة ١٤) . أما الجد فلا يجوز له ذلك ويلزم تعيين وصى خاص للتعاقد معه (المادة ٣١) .

١٤٤ - (٢) سلطة الوصياء والقائم وكلاء القاصيين - نصت المادة

٣٩ من قانون الولاية على المال على أنه لا يجوز للوصى أن يتصرف في أموال القاصر العقارية أو المنقولة أيا كانت قيمتها الا باذن المحكمة . ولا يستثنى من ذلك الا التصرفات التى تدخل في أعمال الادارة .

وبناء على ذلك لا يملك الوصى ولاية البيع أو الشراء بمال القاصر الا باذن

المحكمة . ولكن يجوز له أن يبيع الحاصلات المملوكة للقاصر أو أن يشتري للقاصر ما يلزم لزراعة أرضه بدون إذن المحكمة ، لأن هذه الأعمال وإن كانت بحسب أصلها من أعمال التصرف تعتبر داخلة في ضمن أعمال الإدارة التي يملكها الوصي دون إذن المحكمة .

وإذا حصل الولي على إذن المحكمة في بيع مال القاصر ، فإنه لا يجوز له أن يبيعه لنفسه إلا إذا أذنت المحكمة خصيصاً في ذلك . وفي هذه الحالة لا يجوز للوصي أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، ويجب عليه أن يطلب تعيين وصي خاص لأبرام العقد معه وفقاً للمادة ٣١ فقرة ٢ من القانون .

ونصت المادة ٧٨ على أن تسرى الأحكام المقررة في شأن الأوصياء على القائمة ووكلاء العائنين، فتكون سلطة هؤلاء مماثلة لسلطة أولئك حسبما تقدم .

ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية تبطل عقود الوصي التي تنطوي على غبن فاحش للقاصر . ولكن القانون الوضعي اكتفى بالحد من سلطة الوصي وبإلزامه بالحصول على إذن المحكمة في التصرفات التي يخشى منها بعض الخطر على مصلحة القاصر حتى يقضى للمحكمة أن تراقب سلامة تصرفات الوصي المتعلقة بمال القاصر . ولم ير داعياً لاشتراط عدم الغبن الفاحش في هذه التصرفات إلا ما استثنى بنص خاص كييع المقار (المادة ٤٢٥ مدني) .

١٤٥ - سلطة الحارس القضائي - تعيين المحكمة الحارس القضائي

وفقاً لأحكام القانون (المواد ٧٢٩ مدني وما بعدها) . فيعتبر الحارس نائباً قانونياً عن ذي الحق في المال الموضوع تحت الحراسة . ولكن لأن تعيينه متروك لتقدير القاضي ، ولأن القاضي يملك عند التعيين تحديد مأمورية الحارس (المادة ٧٢٣) ، فإن سلطة الحارس في البيع والشراء وطريقة البيع أو الشراء يرجع فيها إلى الحكم الصادر بتعيينه . فإذا لم يحول الحكم الحارس

ولاية البيع أو الشراء ، فلا يكون للحارس الا مباشرة أعمال الإدارة، ويلزمه الحصول على ترخيص خاص من القضاء في مباشرة كل بيع أو شراء ما لم يكن بما تقتضيه أعمال الإدارة (المادة ٧٣٥) .

١٤٦ - حرّم موزر تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء الذي عارضت استثنائية - تقدم في نبذة ٦٢ أن المادة ١٠٨ مدني حرمت على النائب أن يتعاقد مع نفسه دون ترخيص من الأصل الا في حالات استثنائية، وأن المواد ٤٧٩ وما بعدها طبقت ذلك في باب البيع . فنصت المادة ٤٧٩ على نهى جميع التابعين عن غيرهم في البيع سواء كانت نيابتهم اتفاقية كالموكيل أو قانونية أو قضائية كالولي ، أباً أو جداً ، والوصي والقيم ووكيل الغائب والحارس القضائي الخ عن أن يشتروا لأنفسهم مال الأصل، لتعارض مصلحتهم في ذلك مع مصلحة الأصل اذ أن مصلحتهم تقتضيهم الشراء بأقل ثمن يمكن في حين أن مصلحة الأصل تقتضيهم البيع بأعلى ثمن يمكن . فاذا ما اشتروا لأنفسهم ما ينطوئ بيعه يفرض فيهم أنهم اشتروه بأقل ثمن يمكن وأنهم جاوزوا حدود النيابة التي توجب عليهم أن يبيعوا بأعلى ثمن يمكن ، فلا ينتج البيع أى أثر في ذمة الأصل ، ما لم يكن قد تم باذن خاص ممن يملكه أو ما لم يحوزه هذا بعد صدوره .

ويلاحظ أن النص قد استثنى من المنع الأحوال التي تنص قوانين أخرى على أنه يجوز فيها بيع النائب لنفسه . ومن هذه الأحوال ما تقدم عن بيع الأب مال ولده لنفسه ، أما الجد والوصي والقيم ووكيل الغائب فيتعين عليهم أن يطلبوا تعيين وصي خاص للتعاقد معهم في مال القاصر . ولا يجوز لهؤلاء التابعين عن غيرهم بيع مال الأصل لأنفسهم ، ولو اشتروه باسم مستعار ، ولو كان البيع حاصلًا بالمواد العلقى .

والنص الثاني قد سوى بين السماسرة والخبراء وبين النائين المذكورين، بالرغم من أن السماسرة والخبراء لا يتوبون عن صاحب المال ، لأن مهمتهم إيجاد من يشتري بأعلى ثمن أو تقدير المبيع تقديراً عادلاً ، فيخشى إذا أُجيز لهم الشراء أن تتعارض مصلحتهم مع مصلحة البائعين الذين وثقوا فيهم ، فيؤثرون مصلحتهم على مصلحة هؤلاء البائعين . ولذلك نص القانون على منعهم من شراء الأموال المعهود اليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو بأسماء مستعارة (١) .

(١) راجع أيضاً ما تقدم في نبذة ١٤٦ .

الفصل الثالث

جزاء شروط الصحة

١٤٧ - امانة الى قواعد البطونه النسبي - تقدم أن جزاء شروط الانقضاء البطلان المطلق . أما جزاء شروط الصحة فهو البطلان النسبي أو قابلية العقد للإبطال .

فاذا كان أحد المعاقدين ناقص الأهلية أو شاب رضاه عيب من غلط أو تدليس أو اكراه كان العقد قابلا للإبطال .

واذا كان العقد ينطوي على اختلال في التعادل الواجب توافره بين الثمن وقيمة المبيع ، كما أن ينطبق عليه حكم المادة ٤٢٥ مدني فيكون جزاء عدم التعادل دعوى تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل ، واما أن ينطبق عليه حكم المادة ١٢٩ مدني فيكون جزاء عدم التعادل قابلية العقد للإبطال أو لنقص التزامات الطرف المغبون حسب الأحوال .

١٤٨ - جزاء مجاوزة حدود الوصية في البيع - فإذا صدر البيع من شخص له ولاية على مال الغير ولكنه تجاوز فيه حدود هذه الولاية ، كالوصي اذا باع مال الصغير دون استئذان المحكمة أو باع بأقل من الثمن المحدد بقرار المحكمة ، كان البيع حسب المبادئ المسئلة في القانون الحديث باطلا بطلانا مطلقا لأن الوصي لم يقصد أن يلزم نفسه حتى ينتج العقد آثاره في ذمته هو ، ولم تكن له صفة في الزام الصغير بهذا العقد ، فلا ينشئ البيع التزامات في ذمة الصغير ولا يكون له اذن أي أثر لافي ذمة الوالي ولا في ذمة المولى عليه . غير أنه لما كان

مسلباً أن العقد ينتج أثره في ذمة الصغير إذا أجازته المحكمة، فقد حدا ذلك كثرة الشراح والمحاكم الى القول بأن العقد لا يكون باطلا بطلانا مطلقا بل قابلا للإبطال فقط ، وأن قابليته للإبطال تزول متى أجازته المحكمة^(١) .

وقد أخذت بذلك المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني. ولكن هذا الرأي مردود بأن العقد القابل للإبطال عقد ينتج جميع آثاره من وقت انعقاده ، وغاية الامر أن هذه الآثار تكون معرضة للزوال ويكون زوالها موقوفا على الحكم بطلان العقد ، في حين أنه من المسلم أن العقد في حالة صدوره من تجاوز حدود الولاية لا ينتج أى أثر الا اذا أجازته من يملك الاجازة ، فلا يمكن اعتباره باطلا بطلانا نسبياً .

على أننا نسلم بأن مثل هذا العقد لا يصح أيضاً اعتباره باطلا بطلانا مطلقاً ، لأنه من المسلم أنه يصح وينتج آثاره باجازة من يملك اجازته . ولو كان باطلا بطلانا مطلقاً ، لما أمكن أن تصححه الاجازة .

وعلى ذلك لا يبقى أمامنا الا تكليف الشريعة الاسلامية لهذا العقد ، وهو أنه عقد صحيح غير نافذ ، أى أنه ينعقد ولكن آثاره تكون موقوفة على اجازته من يملك ذلك^(٢) . وقد أخذت المذكرة الايضاحية للرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال بذلك صراحة حيث قالت انه « بديهى أن عدم الحصول على إذن المحكمة في جميع الحالات التى يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولى أو عقده بوجه عام غير

(١) قس ١٦ يونيه ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١٣٢ — ٥٩ وأيضاً نفس مدنى ٢ يونيه ١٩٥٦ مجموعة احكام المجلس ٧ — ٧٦٠ — ١٠٧ .

(٢) والعضء الفرنسي كذلك لا يخير عقد الولى الصادر منه دون إذن مجلس الأسرة أو دون تصديق المحكمة عقداً غير تام ، ولا يخرجه تاماً ومتجاً أثره في ذمة نائس الأهلية الا من تاريخ تصديق المجلس أو المحكمة (أنظر بلايول وريبير وأسنان ج ٦ نية ١٧٠) .

نافذ في حق الصغير لانتفاء النيابة^(١)

وهذا التكييف نفسه ينطبق على جزاء المنع الوارد في المادتين ٧٩ و ٨٠ وذلك لما تقدم من أن بيع النائب لنفسه يعتبر صادراً منه خروج حدود الولاية المخولة له ، فيكون جزاؤه اعتبار العقد موقوفاً على إجازته من يملك ذلك^(٢) .

فالقاتلون يبطلان العقد في هذه الحالة بطلاناً نسبياً يحرمون عليه قواعد هذا النوع من البطلان ، ويعتبرون أن الحق في التمسك به يزول بالتنازل أو الإجازة والتقدم . ويتعين في هذا القول أن تكون مدة التقدم خمس عشرة سنة من وقت العقد لا ثلاث سنوات فقط ، لأن هذه المدة الأخيرة يجب أن يكون لها مبدأ غير وقت إبرام العقد ، ولأن القانون لم ينص على مبدأ آخر للتقدم في هذه الحالة .

أما في تكييفنا العقد بأنه موقوف ، فلأن العقد لا ينتج آثاراً ما قبل إجازته ، لا يكون ثمة محل للحق في إبطاله ولا لتقدم هذا الحق ، وإنما يكون هناك محل فقط لإجازته من يملك ذلك حتى ينتج آثاره .

(١) وكذلك أيضاً بيع الفضولي أو شراؤه ، فانه يقع موقوفاً على إجازة من حصل البيع أو الصراء لحسابه . فإذا اشترت والدة لابنها عقاراً فان هذا الصراء يتوقف على إجازة الابن ان كان كامل الأهلية والا فكل إجازة ولي أو إجازة المحكمة . غير أنه اذا اشترت والدة العطل لابنها من مالها الخاص فان هذا الصراء لا يمتد على منعة محضة لولده يفرض فيه إجازة الولد أو المحكمة ، ينتج آثاره طالما لم يصدر من الولد أو من وليه أو من المحكمة ما يفيد رفض الإجازة . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الوالي الجزئية بأنه ليس من مانع قانوني ان تعجل ام ان تعزى لولدها القاصر ومن مالها الخاص — لامن مالهو — عقاراً من والد هذا القاصر اتفق له الولاية عليه . ومثل هذا الصاعد صحيح تتوافر فيه شروط البيع كاملة ، ففيه رضا المتعاقدين ، أحدهما بالبيع والثاني بالصراء ، واختلفا على المبيع وثمنه (الوالي الجزئية ٢٩ مارس ١٩٣٩ الحطامة ٢٠ — ٦٧٠ — ٢٣٤) . وفي هذا المعنى أيضاً استئناف مصر ١٧ أبريل ١٩٢٨ الحطامة ٨ — ٩١٧ — ٥٥٦ .

(٢) راجع ما تقدم في نبرة ٦٢ ونبرة ١١٨ ونبرة ١٤٥ .

الباب الثاني

آثار عقد البيع

١٤٩ — نشوء التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري — تقدم أن البيع — بحسب تعريفه — عقد ملزم للجانبين ، فهو يلزم البائع بنقل ملكية المبيع في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن . وهو فوق ذلك يلزم كلا من البائع والمشتري بالتزامات أخرى نص عليها التقنين المدني في المواد ٤٢٨ وما بعدها .

فالبايع يلتزم بنقل ملكية المبيع الى المشتري ، وبتسليمه إياه . وبضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية .

والمشتري يلتزم بدفع الثمن وبدفع مصاريف عقد البيع وبتسلم المبيع .

وستتناول التزامات البائع في فصل أول والتزامات المشتري في الفصل الثاني .

الفصل الأول

التزامات البائع

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية المبيع

١٥٠ - من مستلزمات البيع في القانون الحديث إنشاء التزام بنقل ملكية المبيع - تقدم أن البيع لم يكن يترتب عليه في القانون الروماني نشوء التزام في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري ، وأنه كان يقتصر على الزام البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع الحيازة الأصلية التي تثبت عادة للمالك ومن الانتفاع به انتفاعاً هادئاً ، وكان يجوز أن يتفق الطرفان في العقد على أن يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري ، وحينئذ فقط كان يحق للمشتري أن يطالب البائع بأن يقوم بما يلزم من المراسم أو الاجراءات لنقل ملكية المبيع اليه تنفيذاً لذلك الالتزام . فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق لم يمنع ذلك من اعتبار العقد بيعاً بالرغم من عدم الزامه البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري طالما انه كان يلزم البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع وبضمان انتفاعه به . أما اذا اتفق الطرفان على بقاء ملكية المعقود عليه للمالك وعدم انتقاله الى الطرف الآخر ، فكان ذلك الاتفاق مانعاً من اعتبار العقد بيعاً . ولذلك قيل ان نشوء الالتزام بنقل ملكية المبيع كان يعد من طبيعة عقد البيع ولو أنه لم يكن من مستلزماته ^(١) .

أما في القانون الحديث ، فقد صار الالتزام بنقل ملكية المبيع الى المشتري ليس من طبيعة البيع لحسب ، بل من مستلزماته أيضاً ، بل صار القانون يعرف البيع بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً

(١) في هذا المعنى السهوري في الوسيط ج ٤ نبذة ٢٢٩ من ٤٠٧ .

آخر ... (المادة ١٨٨ مدنى) ، وقد تناول للتقنين المدنى عقد البيع فى الباب الخاص بالعقود الواردة على الملكية، فكل عقد لا يترتب عليه نشوء التزام بنقل ملكية شئ أو أى حق مالى آخر متعاقد عليه لا يعتبر بيعاً بل عقداً من نوع آخر مسمى أو غير مسمى حسب الأحوال .

وهذا القول صحيح على إطلاقه ويصدق على كافة أنواع البيع، وذلك خلافاً للقول بأن البيع فى القانون الحديث ناقل للملك بذاته اذ ان هذا القول الأخير مقيد بنوع معين من البيع تشترط فيه شروط خاصة (راجع بنية ٧٩) ولا يصدق على أنواع البيع الأخرى التى لا تتوافر فيها هذه الشروط .

من ذلك يبين أن كل عقد بيع فى القانون الحديث لا بد أن ينشئ التزاماً فى ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري . وأن بعض البيوع يتم فيها تنفيذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبقوة القانون وهى التى يصدق عليها أنها نافذة للملك بذاتها، وأن البعض الأخر يقتضى قيام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري تنفيذاً لالتزامه بذلك^(١) ، وبالتالي يقتضى قيام البائع بالأعمال اللازمة لنقل الملكية^(٢)، كهرز المبيع المثلى واستيفاء المستندات والاجراءات التى تتطلبها مصلحة الشهر العقارى لتسجيل بيع العقار .

وليس يكفى أن نقرر أن كل عقد بيع لا بد أن ينشئ ذمة البائع التزاماً بنقل ملكية المبيع الى المشتري ، اذ المهم هو تحديد كيفية تنفيذ هذا الالتزام أو طريقة تحقق انتقال الملكية من البائع الى المشتري .

وفى هذا يختلف الأمر بين ما اذا كان المبيع عقاراً أو منقولاً ، وفى هذه الحالة الأخيرة بين ما اذا كان المنقول معيناً بالذات أو معيناً بالنوع .

(١) راجع ما تقدم بنية ١٢ بنية ٩٠ .

(٢) لرب السجورى فى الوسيط ج ١ بنية ٢٣٣ و ٢٣٥ .

المبحث الثاني

نقل ملكية المنقول المعين بالذات

١٥١ - نصوص قانونية - بعد أن عرف القانون في المادة ٤١٨ مدى عقد البيع بأنه عقد يلتزم به بتبائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر، كان ينبغي أن يبين في المواد التالية أحكام هذا الالتزام كما فعل بالنسبة للالتزامات الأخرى التي تنشأ من عقد البيع، ولكنه لم يذكر شيئا عنه اكتفاء بما أورده في المواد ٩٣٢ وما بعدها بشأن كسب الملكية من طريق العقد بوجه عام وفي المادتين ٢٠٥ و ٢٠٤ الخاصتين بأثر الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر .

فقد نص في المادة ٩٣٢ على أن تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل ملكك للتصرف طبقا للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية ، وقرر في المادة ٢٠٤ المشار إليها أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

وواضح أن هذين النصين طامان ينطبقان على كل عقد ينشأ منه التزام بنقل ملكية شيء معين بالذات ، أى أنها ينطبقان على جميع العقود التي ترد على الملكية والتي نظمها المشرع في الباب الأول من الكتاب الثاني الخاص بالعقود المسماة ، وفي مقدمتها عقد البيع .

ومؤدى تطبيق هذين النصين على الالتزام بنقل الملكية الناشئ من عقد البيع أن ملكية المبيع المعين بالذات تنتقل من البائع الى المشتري بقوة القانون ومن وقت الاتفاق على البيع ، فيصبح الالتزام المذكور منفذاً قانوناً من

وقت نشوئه بشرط أن يكون البائع مالكا للمبيع في ذلك الوقت . ويكون انتقال الملكية بمجرد العقد سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة الى الغير^(١) .

وتطبيقاً لذلك اذا اشترى شخص حصاناً معيناً بذاته ، انتقلت اليه ملكية هذا الحصان بمجرد توافق الارادتين على البيع ، وصار الحصان ملكاً لمشتريه ولو لم يتسلمه هذا أو يدفع شيئاً من ثمنه ، لأن انتقال ملكية المبيع لا يتوقف على تسليمه الى المشتري ولا على قبلم الأخير بدفع الثمن كله أو بعضه . ويرتب على ذلك أن يكون للمشتري حق التصرف في المبيع باعتباره مالكا اياه ولو قبل أن يتسلمه من البائع أو حتى قبل أن يدفع الى البائع ثمنه^(٢) ويكون له ثمن المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت العقد باعتبار كل ذلك منفرداً على الملكية التي انتقلت اليه بمجرد العقد ، ويصبح لدائى المشتري أن يوقعوا الحجز على الحصان المبيع اليه تحت بدائمه قبل أن يسلمه هذا اليه ولا يكون حينئذ البائع أن يعارض في الحجز أو يرفع دعوى الاسترداد بمقولة أن المشتري لم يدفع الثمن أو لم يتسلم المبيع . واذا أفلس البائع قبل تسليم المبيع ، يخرج المبيع من التفليس ويختص به المشتري وحده باعتباره مالكا اياه ولا يشاركه فيه أحد من دائى البائع^(٣) .

وبلاحظ أن نص المادة ٢٠٤ قد ورد في صيغة مطلقة تشمل المنقول والعقار على حد سواء متى كان معيناً بالذات . غير أنه اذا اشترط المشرع ختامه عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل يكون في الواقع قد جعل حكمه مقصوراً على الالتزام بنقل حق عيني على منقول معين بالذات لأن القواعد المتعلقة بالتسجيل — وهي يتضمنها الآن قانون الشهر العقاري —

(١) السهوري في الوسيط ج٤ نبذة ٢٤١ — ٢٤٣ .

(٢) مع عدم الاخلال باستياز البائع الضامن لوفاء باقي الثمن .

(٣) السهوري في الوسيط ج٤ نبذة ٢٣٩ .

يحمل الالتزام بنقل حق عيني أصلي على عقار يحتاج في تنفيذه الى تسجيل التصرف المنشئ. أو المقرر لهذا الالتزام (انظر أيضاً نص المادة ٩٣٤ وما سيجيء في نبذة ١٦٤ وما بعدها) .

ويسرى حكم انتقال ملكية المبيع المعين بالذات بمجرد العقد على المبيع المثل في البيع الجزاف *vente en bloc* حيث يصبح المثل معينا بالذات بطرؤف الزمان والمكان التي تحدده وتفرزه عن غيره ، فتنتقل ملكيته الى المشتري بمجرد العقد مع كل ما يترتب على ذلك من آثار تقدم بيانها^(١) .

وقد يبدو الحكم الذي تقررہ المادة ٢٠٤ غريباً من حيث انه يجعل التزام البائع مثلاً بنقل ملكية المبيع المعين بالذات ينشأ ويتم تنفيذه — أو بعبارة أخرى ينشأ وينقضى — في لحظة واحدة ومع ذلك يتخلف عن انقضائه من وقت نشوئه أثر في غاية الأهمية هو انتقال ملكية المبيع من البائع الى المشتري. غير أن هذا الذي يبدو غريباً يفسره ما تقدم في نبذة ٩ وما بعدها عن تاريخ عقد البيع وتطور طريقة نقل الملكية بموجبه ، ذلك التطور الذي انتهى بأن يصبح عقداً للبيع — في الغالب الأعم — عقداً ناقلاً للملك بذاته بحيث لا يظهر فيه أثر لنشوء التزام بنقل الملكية يحتاج الى تنفيذ الا في أحوال خاصة تعتبر استثناء من الأصل^(٢) .

(١) السهورى في الوسيط ج ٤ نبذة ٢٤٤ .

(٢) راجع بوجه خاص ما فهم في نبذة ١٢ ص ٢١ والمباحث ١ ، وقرب السهورى في الوسيط ج ٤ نبذة ٢٣٤ بما قلنا من قوله انه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون اقليل التزام موهوم يسبق نقل الملكية وينقضى بمجرد أن ينقضى ، ويمكن الوصول الى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فبجمله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذي رتب الأثر . وفي هذا المعنى ما زو في المسئولة المدنية ج ١ نبذة ٩٦ هامش ٢ ، راجع *Rabut* رسالة دكتوراه عن الخطأ في القانون الخامس ص ٧١ نبذة ٥٥ .

وأفكر أيضاً مقال الاستاذ عبد المجيد الحكيم في مجلة القضاء المراجعة العدد الثاني من سنة ١٩٦٦ حيث ساءل عما اذا كان يمكن أن يوجد التزام ينقل الملكية وهل يمكن =

١٥٢ - شروط تطبيق قاعدة انتقال ملكية المبيع بمجرّد العقد -
يبين من نص المادة ٢٠٤ ذاته أنه يتطلب شرطين أساسيين لانطباق حكمه هما
أن يكون المبيع معينا بذاته وأن يكون مملوكا للبائع . وهناك شرط أولي يقتضيه
توافر الشرطين المذكورين وهو أن يكون المبيع موجوداً وقت العقد لأنه
إذا لم يكن كذلك تعذر أن يكون معينا بذاته ومملوكا للبائع .

ويؤخذ من نفس وضع المادة ٢٠٤ في الباب الثاني الخاص بآثار الالتزام
غير الموصوف وفي الفصل الأول منه المتعلق باستحقاق التنفيذ العيني وطريقة
حصوله أنه يفترض أن الالتزام غير معلق على أجل أو شرط أي أنه مستحق
الاداء ، ويعتبر ذلك شرطاً رابعاً لانطباق النص . وكذلك يفترض هذا
النص أيضاً عدم اشتراط القانون أى شرط آخر لنقل ملكية نوع معين
من المنقولات .

== أن يكون للالتزام أثر ، ثم قال : «ما الالتزام الا أثر لمصدره، ومصادر الالتزام متعددة ،
أحدها العقد . والعقد هو الذى ينشأ الالتزام ويوجب تنفيذه . والذى ينقل الملكية انما
هو العقد ، فلا يبقى بعدئذ معنى لقولنا بأن الالتزام ينقل الملكية بطل الملكية . أما الالتزام
الذى ينشأ عن عقد البيع ، فهو التزام بتسليم المبيع . فاذا كانت الملكية تنقل العقد ذاته ،
فأين هو هذا الالتزام بطل الملكية ؟ أن يصير الالتزام بطل الملكية بغير وجود فترة من
الزمن بين نشوء العقد وانتقال الملكية ، تماماً كالذى كان عليه الحال في القانون الروماني في
مرحلة الأولى . وهذا ما لا يمكن الأخذ به في القوانين التي تأخذ مبدأ الرضاية في العقود .
ان وجود هذا الالتزام لا يمكن تصوره ، لا تعدم من انتقال الملكية بالعقد ونشوء الالتزام
على طاق البائع بتسليم المبيع » .

ويلاحظ على هذا القول انه يصدق تماماً على الحالة التي نصت عليها المادة ٢٠٤ مدى
مصرى وهي حالة الالتزام بنقل ملكية منقول معين بملكية الملتزم ، ولكنه لا يصدق
على ما عداها من حالات كحالة الالتزام بنقل ملكية مال مستقبلي أو مال غرامي أو منقول غير
معين بذاته أو منقول معين بذاته ومملوك للملتزم وقت نشوء الالتزام . ففى كل هذه الحالات
لا نزاع في أن العقد ينشأ الالتزام بطل الملكية وأن هذا الالتزام لا ينقل الملكية بنشأته من
وقت العقد وانما يحتاج نقل الملكية الى قيام الملتزم بالأعمال اللازمة لتنفيذ التزامه ، وهذا
هو الحكم المستند بمفهوم المصلحة من نص المادة ٢٠٤ مدى للمعار اليه .

وبناء على ذلك تكون شروط تطبيق قاعدة انتقال الملكية بمجرد عقد البيع محسة، هي :

١ — أن يكون المبيع موجوداً وقت العقد لأنه إذا كان محتمل الوجود مستقبلاً كما في بيع محصول مستقبل أو سلعة يراد صنعها، فإنه لا يكون بعد صالحاً لأن يرد عليه حق ملكية لالبائع ولا للمشتري، فلا يتصور أن تنطبق عليه القاعدة . فبيع المحصول المقبل لا يجعل المشتري مالكا هذا المحصول، بل يجعله فقط دائئاً به للبائع . فاذا ما تحقق وجود المحصول في وقت ما بعد البيع صار المشتري مالكا إياه ابتداء من هذا الوقت فقط لزال المانع من نشوء حق الملكية وهو عدم وجود الشيء وبشروط توافر الشروط الأخرى الواردة فيما بعد .

٢ — أن يكون المبيع معيناً بالذات وفقاً لما تقدم في بنده ٧٧ وما بعدها، وهذا الشرط تقتضيه — فوق نص المادة ٢٠٤ عليه — طبيعة الأشياء . لأن الملكية — باعتبارها حقاً عينياً — لا يمكن ورودها إلا على شيء معين بالذات . فلا تستطيع إرادة الماعدين وحدها أن تحقق أثراً تأتي طبيعته القانونية بتحقيقه دون توافر شروطه . فاذا ورد البيع على مائة أردب من القمح مثلاً غير معينة إلا بنوعها ومقدارها ، كان عدم تعيين القمح المبيع بذاته مانعاً من انتقال ملكيته بمجرد عقد البيع ولو نص في العقد صراحة على أن يصبح المشتري مالكا القدر المبيع من وقت العقد .

على أن الأشياء المثلية التي يعتبر الأصل فيها أن تعين لا بذاتها بل ببيان نوعها ومقدارها يسرى عليها حكم المادة ٢٠٤ من حيث انتقال ملكيتها بمجرد العقد إذا عينت بظروف من الزمان أو المكان تميزها عن غيرها ، كما في بيع الثمار الموجودة في سلة معينة أو القطن الناتج من أرض معدودة في موسم معين . ويستوى في ذلك أن يكون الثمن معدداً بالهاجة أو معدداً بسعر الوحدة . ويسمى البيع

في الحالتين يباع جزاء *vente en bloc* ويميزه عن البيع العادي للشليات أن عمله يكون معينا لا بمده أو وزنه أو كيله أو قياسه ، بل بطرف من الزمان والمكان تفرزه عن بقية جنسه وتحدده تحديدا ذاتيا . هذا ولو تم البيع بسعر الوحدة وكان تعيين ثمن المبيع كله يقتضى عد أحاده أو وزنه أو كيله أو قياسه ، لأن ما يلزم لتعيين الثمن في هذه الحالة غير لازم لتعيين المبيع ذاته ، فلا يتوقف عليه انتقال ملكية المبيع . وقد نصت المادة ٤٢٩ على أنه « إذا كان البيع جزاء ، انتقلت الملكية الى المشتري على النحو الذى تنتقل به فى الشيء المعين بالذات . ويكون البيع جزاء ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع » .

ويسرى هذا الحكم أيضا ولو اقتصر البيع على حصة شائعة من الشيء المعين جزاءا كبيع نصف القطن الناتج هذا العام من الفدان الفلانى . أما إذا ورد البيع على ثلاثة قناطير مثلا من هذا القطن ، فإنه لا يعد بيعا جزاءا ولا يأخذ حكم بيع المعين بالذات ، بل يسرى عليه حكم بيع المعين بنوعه ومقداره .

ويسرى ذلك أيضا على بيع الأشياء المستقبلية ، حيث أن انتقال ملكيتها بمجرد تحقق وجودها يفترض كونها معينة بذاتها منذ وجودها ، كما فى بيع شيء تعد البائع بضمه خصيصا للمشتري ككتاب أو حذاء ، أو تمثال أو صورة ، وفى بيع محصول أرض معينة فى موسم بذاته . أما إذا ورد البيع على أشياء مستقبلية معينة بنوعها فقط ، فلا تنتقل ملكيتها بمجرد وجودها ، وإنما لا بد فى ذلك من فرزها ، أى من تعيينها بالذات ، كما فى بيع عشرة قناطير من محصول القطن المقبل ، ولو عينت الأرض التى سيتج منها ذلك المحصول ، فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد ظهور المحصول ، بل بعد فرز القناطير العشرة من ذلك المحصول وتعيينها بالذات ^(١) .

(١) انظر السنورى فى الوسيط ج٤ ص ٤١٨ هامش ١ ، أنور سلطان نبذة ١٦٠ ، البراوى نبذة ١٣٥ ، بلانيول وريبير وهامل ج١٠ نبذة ١١ ، بيدان ج١١ نبذة ١٦٧ .

وكذلك اذا كان محل البيع تخييريا ، أى أحد شيئين أو أحد أشياء عدة ، فلائنه لا يصبح معينا بالذات الا عندما يصل صاحب الخيار خياره ، فان انتقال ملكية المبيع يترأخى الى ذلك الحين^(١) .

(٣) وأن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع ، لأنه اذا لم يكن كذلك استحال انتقال ملكيته من البائع الى المشتري فور العقد. لأن فاقد الشيء لا يعطيه ولأن الملتزم لا يستطيع أن يدلى الى غيره بما لا يملك *Nemo plus juris* . وقد تقدم فى نبذة ٨٨ وما بعدها أن بيع ملك الغير عاجز لهذا السبب ذاته عن أن ينقل ملكية المبيع الى المشتري وأنه لذلك يكون قابلا للإبطال الى أن يكسب البائع ملكية المبيع فتنتقل منه الى المشتري أو يقر المالك البيع فيترتب على إقراره انتقال الملكية الى المشتري^(٢) .

(٤) وأن يكون التزام البائع بنقل ملكية المبيع التزاماً باتاً منجزاً أى غير معلق على شرط ولا مضافاً الى أجل ، والا فانه يكون مما يخالف قصد العاقدين انتقال ملكية المبيع الى المشتري من وقت العقد ، ذلك أن قاعدة انتقال ملكية المبيع المعين بالذات بمجرد العقد - أو اعتبار بيع المنقول المعين بالذات ناقلاً للملك بمجرد إبرامه - لا تتعلق بالنظام العام ولا تنفى إمكان الاتفاق على تعليق البيع كله على شرط أو على جعل تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع مضافاً الى أجل أو معلقاً على شرط ، وقد تقدم أن البيع بشرط التجربة تنوقف آثاره على نتيجة التجربة ، وأن الإيجار الذى يقصد به البيع *location-vente* لا ينقل ملكية المبيع المعين بالذات الا بعد أن يتحقق شرط وفاء جميع أقساط الثمن فى آجالها ، كما أنه لا مانع من أن يشترط البائع فى عقد البيع أجلاً لتنفيذ

(١) بلانول وريبير ومادل ج ١٠ نبذة ١٠ وما بعدها .

(٢) أغتر فى تصيل ذلك ماسيجرء فى القسم الثانى من هذا الكتاب ،

التزامه بنقل ملكية المبيع ، فبقى له الملكية ولا تنتقل منه الى المشتري حتى يحل الأجل المذكور^(١) .

(ه) وأن لا يكون في القانون نص على أن شيئاً معيناً لا تنتقل ملكيته بمجرد العقد كالنص الوارد في المادة ٢ من القانون التجارى البحرى القاضى بأن ملكية السفن لا تنتقل بين المتعاقدين أنفسهم الا بموجب عقد رسمى .

(١) يرى الأستاذ السنهورى أنه لا يصح اضافة الالتزام بنقل الملكية الى أجل ، لأن حق الملكية حتى دائم تستصحب طبيعته على التوقيت ، والأجل توقيت فلا يجوز أن تلتزم به الملكية ، ويقول : فإذا اشترى البائع مع المشتري مثلاً على ألا تنتقل اليه ملكية الفار المبيعة الا بعد سنة ينتقم فيها البائع بسكى الفار ، وجب تفسير قصد المتباينين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحق الانتفاع بالفار مدة السنة . أما الرقبة تنتقل الى المشتري دون انتظار اعضاء السنة . والتفسير يلى بجميع الأغراس التى قصد اليها المتباينان ، فقد احتفظ البائع بمفعه فى سكنى الفار سنة ، واحتلت الملكية فى الرقبة دون المنفعة الى المشتري قبل اعضاء السنة . وإذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة ، انتفاعاً ورقبة ، مدة السنة ، فهل يزيد حقه بذلك شيئاً ؟ الواقع أنه يكون فى نفس الوضع احدى احتفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذى يستطيع أن يستظه وأن يتصرف فيه . أما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يبدى شيئاً ، ولا تجدى ملكية الرقبة الا اذا كانت دأعة (السنهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٤٢٠ هامش ١) . ونحن مع تسليمنا بأن الملكية حتى دائم تستصحب طبيعته على التوقيت تفرق بين الحق المبنى ، حق الملكية ذاته الذى لا يجوز توقيته ، وبين الالتزام بنقل الملكية الذى هو بطبيعته كسائر الالتزامات قيد طارىء على الدعة ، له بداية ونهاية ، ومصره حتماً الى الزوال ، وبالتالي لاستصحب طبيعته على التوقيت ولا تأبى اضافته الى أجل ، فلا مانع يمنع البائع من أن يشترط لنفسه أجلاً لتنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وقد يكون ذلك لا الاحتفاظه بتمتعة المبيع خلال الأجل ، بل لمجرد افساح الوقت له لاتخاذ الاجراءات اللازمة لنقل الملكية اذا كان يرى أن هذه الاجراءات تحتاج منه الى وقت وحتى يتفادى أن يطالبه المشتري قبل مضي الوقت الكافى بنقل الملكية اليه ولكى يبتدأ عن نفسه مئة التمسك فى الوفاء بالتزامه اذا لم يستطع الوفاء به قبل اعضاء الوقت الذى يقدره لذلك .

ونرى أن هذا التصور أقرب الى قصد الماعدين من القول بأن اضافة الالتزام بنقل الملكية الى أجل يفسر بأنه احتفاظ بالبائع بتمتعة المبيع مدة الأجل مع نقل ملكية الرقبة فوراً ، إذ أن هذا التفسير ان طابق قصد الماعدين فى بعض الحالات فإنه لا يطابقه فى حالات كثيرة ، بل ينسب أن تنجبه ارادة الطرفين الى ما يذهب اليه .

١٥٣ - مساوى هذة القاعدة بالنسبة الى الغير - متى توافرت هذه الشروط انطبقت القاعدة وترتب عليها انتقال ملكية المبيع من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد البيع . ويتم هذا الانتقال سواء فيما بين العاقلين أو بالنسبة الى الغير .

غير أنه يلاحظ أنه اذا كان من شأن ذلك أن يحقق ما يقتضيه التعامل في العصر الحديث من يسر وسرعة ، فإن من شأنه أيضا أن يخل بما ينبغي للتعامل من ثقة واستقرار .

فاذا اتفق تاجر مع مشتر على أن يبيعه ساعة معينة ، انتقلت ملكية هذه الساعة الى المشتري بمجرد الاتفاق ودون حاجة الى حصول التسليم . غير أنه اذا بقيت الساعة المبيعة في حيازة البائع وقتا ما لاي سبب من الاسباب استطاع هذا أن يبيعها مرة ثانية الى مشتر آخر لأن وجودها في حيازته من شأنه أن يبعث في نفس المشتري الثاني الاعتقاد بأنها مملوكة له وبأنه قادر على بيعها اليه وتمليكها اياها . ولكن متى ظهرت الحقيقة وهي أن التاجر سبق أن باع الساعة ذاتها الى مشتر أول ، اتضح أن ملكيتها لم تكن له وقت البيع الثاني وترتب على ذلك عدم انتقال الملكية الى المشتري الثاني سواء أكانت الساعة المبيعة قد سلمت اليه أم لم تكن .

وظاهرا ان النتيجة تجعل كل مشتر ليس في امكانه أن يعطى الى أن ما يشتره من متقول معين لم يسبق للبائع بيعه الى آخر أى أن البائع اليه لا يزال مالكا ما يبيع وقادراً على نقل ملكيته اليه ولا سيما أن الغالب في المنقولات أنها لا ترتبط بمقر ثابت يمكن الاعتماد عليه في تنظيم شهر التصرفات الخاصة بها كما يمكن ذلك بالنسبة الى العقارات . ولا شك في أن هذا الاخلال بالثقة الواجب توافرها في التعامل يلحق بالتجارة وبالمعاملات أبلغ الضرر ، وأن الأمر يقتضى من هذه الناحية علاجاً شاملاً .

١٥٤ - **موضوع هذا السبب من طريق قاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية »** - لم يقب عن فقهاء القرنين السابع عشر والثامن عشر عندما فكروا في الاستغناء عن ذكر شرط التخلية في العقود واقتراض وجوده فيها جميعا وتقرير انتقال الملكية بمجرد العقد ما يترتب على الأخذ بهذه القاعدة الجديدة من إخلال بالنقطة الواجبة في التعامل ، فلجأوا في علاج ذلك إلى قاعدة استمدوها من قضاء المحاكم وهي تقضى بأن الحيازة في المنقول مع السبب الصحيح وحسن النية تكون سندا للملكية ، وأوجزوا هذه القاعدة بقولهم إن الحيازة في المنقول سند الملكية *En fait demeurables, possession vaut titre* ومؤداهما أن من يشتري منقولا معينا من غير مالكة ويسلمه منه بحسن نية يصير مالكا إياه بالرغم من أن البائع إليه لم يكن مالكا ، فوفرت هذه القاعدة الحماية اللازمة للبشرى الثاني ، وأوجدت الثقة لدى كل من يريد التعامل في منقول ، وتضال بذلك عيب القاعدة السابقة القاضية بانتقال الملكية بمجرد الاتفاق ، إذ صار الانتقال الذى يتم بمقتضى هذه القاعدة لا يضر بمصلحة من يتعامل بعد ذلك مع حائز المنقول ذاته ويسلمه منه بحسن نية .

وقد نص التقنين الفرنسى على هذه القاعدة في المادة ٢٢٧٩ منه ، ونص عليها التقنين المصرى الملقى في المادة ٤٦/٦٨ منه والتقنين الحالى في المادة ٩٧٩ فقرة أولى منه ، وهي تقضى بأن من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله ، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته . ويشترط لتطبيق هذه القاعدة أربعة شروط هي :

١ - أن يكون محل الالتزام نقل ملكية شئ مادى منقول أو أى حق عينى على منقول مادى ، ويلحق بالمنقول في هذا الصدد السند لحامله (١) ،

(١) الأصل أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية تنسرى على المحرلات المعنوية دون الأموال المنقوية ، فهي لا تنسرى على الحقوق الذموية ولا على الحقوق الشخصية ، فلا تشمل (م ١٨ - سج)

على ألا يكون المنقول المذكور من ملحقات عقار متعهد بنقل ملكيته، اذ في هذه الحالة يتبع انتقال ملكية المنقول انتقال ملكية العقار، كما اذا باع شخص منزلا بما فيه من أثاث وادعى آخر بأن المنزل والأثاث ملكه وطالب المشتري بهما قبل أن يملكهما هذا بالتقادم المكسب، فلا يجوز للمشتري أى يحتج فيما يتعلق بالأثاث بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. وكذلك لا تسرى هذه القاعدة على الأموال العامة المنقولة كالأثاث ولا على المنقولات التى ينظم انتقال ملكيتها نص خاص كالسفن البحرية (المادة ٢ من قانون التجارة البحرية) .

٢ - ان يكون وضع يد الحائز على هذا المنقول قد تم بقصد تملكه *à titre de propriétaire* وقد نصت المادة ٩٤٩ فقرة ثانية مدنى على أنه « اذا اقترنت (الحيازة) باكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الاكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها ، الا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب » . ويقول الشراح استنادا الى هذا النص ان الحيازة يجب أن تتم بطريقة خالية من الاكراه *d'une façon paisible* وأن تكون ظاهرة *publique* (أى غير خفية *non clandestine*) وغير موجهة للبس *non - équivoque* . غير أن محل اشتراط هذه الصفات في حيازة العقار هو حيث يتطلب القانون لكسب الملكية من طريقها أن تستمر الحيازة مدة معينة. اما في تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول، فان الحائز يكسب الملكية فوراً دون حاجة الى أن تمتد حيازته زمنا ما ، فيكتفى فيها أن لا تتم خلصة أو عنوة، ويتحقق ذلك بمجرد توافر الشرطين التاليين . حيث ينقضى توافر حسن النية حصول الحيازة خلصة ويستبعد توافر السبب الصحيح

== ملكية هذه الحقوق الا بالعقد فيما كان أو حواله . غير أن السند لطلعه ، لأن حق الفائز المقرر به يتدرج فيه انتماء تاما فيمكن اعتبار تسليم السند تسليميا لحق ذاته ، أى خلا لحيازته ، فيجوز أن يطبق عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (اخر شقيق شعاعه فى الأموال نبذة ٢١٤) .

حصولها عنوة^(١) .

وبلاحظ أن المقصود بوضع اليد والحيازة في هذا الصدد الحيازة الفعلية التي تكون في الغالب نتيجة تسليم حقيقي *livraison réelle et effective* فلا يكفي فيها التسليم باليد العاولية *traditio longum manu* ولا التسليم بتغيير صفة الحيازة *constitut possessore* ولا مجرد الاعذار بالتسليم . أما التسليم باليد القصيرة *brevi manu* ، فلأنه يترك الشيء مادياً في يد المتصرف اليه ، فإنه يؤدي الى حيازة فعلية يمكن الاستناد اليها في التمسك بالقاعدة المذكورة فلو ترك المشتري المبيع تحت يد بائعه على سبيل الوديعة ، فإنه لا يجوز له التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية^(٢) ، وكذلك لو تسلّم المشتري بوليصة الشحن ولم يتسلم البضائع المشحونة ، لأن مجرد تسلّم البوليصة لا يجعل المشتري حيازة فعلية على البضائع . وقد نصت المادة ٩٥٤ مدني على أنه اذا تسلّم شخص هذه المستندات وتسلّم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضاعة .

٣ — أن يكون واضع اليد حسن النية *de bonne foi* أي معتقداً وقت تسلمه الشيء أنه تسلمه من مالكه ، ولا يشترط أن يظل على هذا الاعتقاد بعد تسلّم الشيء . فلو كشف بعد ذلك أن ما كان تسلمه كان مملوكاً للغير ، فإن ذلك لا يؤثر في حقه الذي كسبه من طريق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

٤ — أن يكون وضع اليد على المنقول قد تم بناء على سبب صحيح *juste titre* أي بناء على عقد أو أي سند آخر يصلح لنقل الملكية لو أنه كان صادراً من المالك ، كعقد بيع صادر من غير مالك أو من مالك سابق بعد أن باع

(٢) المرجع والموضع السابقين .

(٢) في هذا المعنى شفيق شحاته في الأموال نبذة ٢١٥ .

المنقول مرة أخرى . ولا يعتبر العقد سبباً صحيحاً بهذا المعنى إلا إذا كان عالياً من أى عيب يجعله باطلاً أو قابلاً للإبطال غير صدوره من غير مالكا . فلا يعتبر سبباً صحيحاً العقد الصوري ولا العقد الباطل لفقد أحد أركانه ولا العقد الذى تقرر إبطاله بسبب عيب من عيوب الرضا .

وقد وضع المشرع لمصلحة الحائز قرينة تعفيه من اثبات توافر السبب الصحيح وحسن النية لديه حيث قرر فى المادة ٩٧٦ فقرة ثالثة أن الحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك . ولكن يجب أن يلاحظ أنه ولو أن الحيازة وحدها تعتبر قرينة على كل من حسن النية والسبب الصحيح ، فإن هذين الأمرين مستقلان متميزان أحدهما عن الآخر ولا تلازم بينهما . فيجوز إثبات عكس أى منهما وحده ، ويكفى إثبات سوء النية وحده أو نفي السبب الصحيح وحده لعدم انطباق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية .

ومتى توافرت هذه الشروط الأربعة فى وضع اليد على المنقول اعتبر ذلك سنداً للملكية واضع اليد يجوز للأخير أن يستند إليه فى دفع دعوى الاستحقاق التى ترفع عليه من المالك السابق ، وهذا ما يحقق الثقة والاستقرار فى التعامل .

ويلاحظ أن انتقال الملكية الى الحائز فى هذه الحالة لا يتم من طريق العقد ولا يكون نتيجة للالتزام بنقل الملكية الناشئ من هذا العقد ، لأن هذا الالتزام لا يترتب عليه انتقال الملكية طالما أن الملتزم ليس مالكا . وإنما يكسب الحائز الملكية عن طريق الحيازة بالشروط المتقدمة ويكون انتقال الملكية اليه لا من غير المالك الذى سلبه المنقول بل من المالك الذى لم يسلبه أباه ، أى أنها تنتقل اليه بقوة القانون دون إرادة المالك .

١٥٥ - تفسير قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية - ولأن الغرض من هذه القاعدة حماية واضع اليد وحسن النية من دعوى الاسترداد التى يرفعها

عليه المالك، ولأن هذا الغرض إنما يبرره قصد المشرع تدعيم التعامل وتحقيق الثقة والاستقرار فيه من جهة ، واعتبار واضع اليد بحسن نية أولى بالرعاية من المالك الذي ترك المنقول المملوك له في يد غيره فعرض نفسه بذلك لخطر تصرف هذا الغير الى آخر حسن النية من جهة أخرى رأى المشرع أن يحمد من تطبيق هذه القاعدة بأن يستثنى منها الحالة التي يكون فيها المالك جديراً بالرعاية ، وهي الحالة التي يكون فيها المنقول قد فقد أو سرق منه ، ثم تصرف فيه من وجده أو من سرقه وسله الى شخص آخر حسن النية .

فالقاعدة بشروطها المتقدمة تحمي الحائز الأخير ضد دعوى المالك ، ولكن المشرع أثار في حالة الضياع أو السرقة حماية المالك ، فنص في المادة ٩٧٧ فقرة أولى على أنه « يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله اذا فقده أو سرق منه أن يسترده عن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » .

وبناء على ذلك اذا توافرت شروط القاعده المذكورة في الحائز ، لم يحل ذلك دون أن يسترد المالك الأصلي ماله المنقول من تحت يد الحائز اذا أثبت أن هذا المال لم يخرج من حيازته الا من طريق الضياع أو السرقة ، وبشرط أن يرفع دعوى الاسترداد في ميعاد غايته ثلاث سنوات من تاريخ الضياع أو السرقة . وتعتبر هذه المدة مدة سقوط لامدة تقادم ، فلا يقف سريانها في حق القاصر أو المحجور عليه (١) .

وبلاحظ أن المالك يجب عليه في هذه الحالة أن يثبت أولاً سند ملكيته وفقاً للقواعد العامة، ولا يقبل منه الالابات بالبيئة حيث توجب هذه القواعد

(١) شفيق شحاته في الأموال نبة ٢٢٢ .

الاثبات بالكتابة، كما يجب عليه أيضا أن يثبت الضياع أو السرقة وتاريخه ، ويجوز له اثباتهما بكافة الطرق .

ومنى أثبت للمالك ذلك كله ، كان هو أولى من الحائز بالرعاية وحكم له بالاسترداد ، بالرغم من توافر حسن نية الحائز .

ولأن هذا الحكم استثناء وارد على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، يقتصر تطبيقه على الحالتين المنصوص عليهما ، حالتي السرقة والضياع ، ولا يجوز أن يقاس عليهما غيرهما كحالة خيانة الأمانة أو حالة النصب^(١) .

غير أن بعض الظروف قد تجعل الحائز أولى بالرعاية من المالك كان يكون قد اشترى المنقول بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه من يتجر في مثله . فحينئذ يجعل المشرع لهذه الظروف وزنا ويشمل الحائز برعايته كما حاط المالك بحمايته، فهو بعد أن خول المالك حق الاسترداد خلال ثلاث سنوات ، منح الحائز حسن النية الذي اشترى في مثل هذه الظروف — الحق في أن يقتضى من المالك طالب الاسترداد الثمن الذي بذله هو في الحصول على المنقول ، وجعل له الحق في أن يجبس المنقول عن مالكه حتى يوفيه هذا بالثمن المذكور (المادة ٩٧٧قرة ثانية) . ويقع على الحائز عبء اثبات شرائه المنقول في سوق عام أو من يتجر في مثله .

يتضح مما تقدم أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وما يرد عليها من استثناء ومن تقييد للاستثناء إنما يقوم كل ذلك على أساس الموازنة بين مركز كل من المالك الحقيقي وحائز المنقول وتقدير مدى

(١) الاسكندرية الإيجابية المخططة ٢٣ فبراير ١٩٢٩ المضافة ١١ — ٧٧٠ —

٤٠٣ ، استئناف مخطط ١٠ يناير ١٩٣٣ المضافة ١٤ — ٥٤٠ — ٢٧٥ .

ما يستحقه كل منهما من رعاية بحسب الظروف المحيطة به ، وحماية من يكون منهما أولى بالرعاية في كل حالة . وإذا كان هذا التنظيم في مجموعه يهدف كغاية الثقة والاستقرار في التعامل ، فإنه لا يهمل جانب العدالة .

وبلاحظ أن هذا التنظيم كله يفترض توافر جميع شروط قاعدة الجبازة في المنقول سند الملكية ، فإذا تخلف أى من هذه الشروط ، كان يكون الحائز سىء النية أو ليس لديه سبب صحيح ، فلا يملك الحائز المنقول أو يجوز للمالك أن يسترده من الحائز ولو في غير حالى الضياع والسرقة ودون تقيد بمدة الثلاث سنوات وفي غير الزام عليه بأن يدفع للحائز ما قد يكون هذا يذله في شراء المنقول من سوق عام او بمن يتجر في مثله .

المبحث الثالث

نقل ملكية المنقول المعين بالنوع

١٥٦ - المبيع المعين بالنوع لا تنتقل ملكية او يفرزه -
وإذا كان المبيع منقولاً معيّنًا لا بذاته بل بنوعه ومقداره، أى شيئاً من المثليات التى يختلط بعضها ببعض ويقوم بعضها مقام بعض ، فإن ملكيته لا تنتقل من البائع الى المشتري بمجرد البيع، وذلك لأن الملكية حق عيني ولأن الحق العيني لا يرد الا على معين بالذات، فيكون عدم تعيين الشيء المبيع بالذات مانعاً من انتقال الملكية الى أن يتم التعيين بالذات فتنتقل الملكية بمجرد تمامه . والى أن يتم ذلك يكون المشتري صاحب حق شخصى لحسب يقابل التزام البائع بنقل الملكية وقد نصت المادة ٢٠٠ فقرة أولى مدنى على أنه إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشيء ونصت المادة ١٣٣ في باب كسب الملكية من طريق العقد على أن المنقول الذى لم يعين الا بنوعه لا تنتقل ملكيته الا بافراز مطابقاً للمادة ٢٠٠. والإفراز هو عزل المقدار المتمهد به عن بقية الصنف بحيث يصير هذا المقدار معيّنًا بالذات، وذلك بأى

طريقة كانت سواء بوضعه في مكان معين أو في عبوة انتمعية أو بوضع علامة خاصة عليه ، دون حاجة إلى أن يقترن ذلك بتسليم هذا المقدار إلى الدائن ، وأن كان الغالب أن يتم الفرز وقت التسليم وتمهيداً لحصوله . ولذلك كانت المادة ٢٣٨/٢٦٨ مدني قديم تنص على أن : لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط إلا بتسليمه للبشرى ، ، وقد اتفق الفقه والقضاء على أن الملكية تنتقل من وقت الفرز وعلى أن هذا النص إنما ربطها بالتسليم جرياً مع الغالب فقط من حصول الفرز عند التسليم . وهذا ما حدا واضع التقنين الحالي إلى النص في المادة ٢٠٥ على أن يكون انتقال الملكية في المثليات بفرزها .

ويتربط على ربط انتقال ملكية المثليات بحصول فرزها ، أنه إذا باع شخص مائة قطار من القطن الناتج من مزارعه والموجود في شونه ، ثم أوقع آخر حجزاً على كل ما يملكه البائع من قطن أو على بعضه ، فليس للبشرى أن يعارض الحاجز أو يطلب استرداد القدر المبيع إليه استناداً إلى عقد شرائه ، لأن هذا العقد لم ينقل إليه ملكية القدر المبيع طالما أن هذا القدر لم يكن قد تم فرزه قبل الحجر^(١)

وكذلك إذا أفلس البائع قبل فرز المبيع ، وقع الأخير في التفليس ولم يحجز للبشرى أن يرفع دعوى استحقاق بشأنه^(٢) .

ويلاحظ ما تقدم من أنه إذا بيع المثل جزافاً ، فإن ملكيته تنتقل بمجرد العقد دون حاجة إلى فرز .

(١) قضى فرنسي مدني ٧ يناير ١٨٨٠ دالوز ١٨٨٠ - ١ - ١٢٩ استئناف موندليه ٢٦ يونيه ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ ص ٤٧٢ .
(٢) قضى فرنسي مدني أول يولية ١٨٧٤ دالوز ١٨٧٦ - ١ - ٤٧٣ .

المبحث الرابع نقل ملكية العقار المبيع

١٥٧ - تاريخ انتقال ملكية العقار في القانون الجديد - تقدم أن مجرد الاتفاق أصبح في القانون الحديث ينقل ملكية المبيع إذا كان منقولاً معيناً بالذات ، وأنه ينقلها سواء فيما بين العاقدين أو بالنسبة إلى الغير دون حاجة إلى تسليم أو غيره ، خلافاً لما كانت الحال عليه في القانون الروماني حيث كان انتقال الملكية يتوقف على إجراءات معينة - أهمها تسليم المبيع - كان من شأنها توفير شيء من العلنية في انتقال الملكية . وتقدم أيضاً أن قاعدة القانون الحديث المذكورة تجعل انتقال الملكية . غير ظاهر أمره للبلا ، فلا يستطيع الناس أن يتبينوا حقيقة ملكية البائع ، إذ قد يكون حائز الشيء المتناقل عليه بالبيع سبق له يمه فصار غير مالك إياه وبالتالي عاجزاً عن أن ينقل ملكيته إلى المشتري ، وقد يتم البيع من المالك الحقيقي وينقل ملكية المبيع إلى المشتري دون أن يتسلسله هذا فلا يبدو أمام الناس مالكا ويظنون معتقدين أن البائع مازال مالكا فيأبون التعامل فيه مع مشتريه - مع أنه قد صار هو مالكا - ويؤثرون عليه التعامل مع البائع ولو أنه لم يعد مالكا إياه . وقد رأينا أن المشرع عالج هذا العيب الناشئ من عدم العلنية في انتقال المنقول بقصره قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» .

أما فيما يتعلق بنقل ملكية العقار ، فقد اتبع المشرع الحديث أول الأمر قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد (المادة ١١٣٨ فرنسي) ولم يستطع أن يقرنها بالعلاج الذي عالج به عيباً فيما يتعلق بانتقال ملكية المنقول لأن قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» مقصورة بطبيعتها وبحسب منطوقها على المنقول دون العقار . قلنا تهبط عبوب القاعدة الأولى فيما يتعلق بانتقال ملكية العقار وعجت

الشكوى منها ، اضطر المشرع الفرنسي الى علاجها من طريق اصداره قانون ٢٣ مارس ١٨٥٥ الخاص بالتسجيل والذي قرر بموجبه أن ملكية العقار — ولو أنها تنتقل فيما بين المعاقدين بمجرد العقد — لا يكون انتقالها معتبراً بالنسبة الى الغير الا من وقت تسجيل العقد في مكتب التسجيل الذي يقع في دائرته العقار المبيع^(١) .

وكانت طبيعة العقار — أى كونه مستقراً بحيث ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف — هى التى سمحت باتباع هذا العلاج فى شأنه وحده دون المنقول ، لأن العقار بحكم ثباته فى جهة معينة يمكن ربطه بمكتب ينشأ فى هذه الجهة وترصد فيه جميع التصرفات المتعلقة به ويستطيع الناس ان يطلعوا عليها فيه فيعرفون من آلت اليه ملكية عقار معين بالذات من طريق التصرفات التى سجلت بشأنه . وقد حذا المشرع المصرى حذو المشرع الفرنسى فى ذلك عند وضعه القانون المدنى القديم ، فبعد أن قرر فى المادة ٦٧/٤٥ منه أن الملكية تنتقل بمجرد الاتفاق سواء كان المالك منقولا أو ثابتاً (أى عقاراً) ، استدرك فى المادة ٦٩/٤٧ فقال : « أما الأموال الثابتة ، فالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين الا اذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون » .

وبناء على ذلك كانت الملكية تنتقل من البائع الى المشتري بمجرد العقد ، ولكن لا يجوز للمشتري أن يحتج بها على الغير (كدائن مرتهن أو مشتري ثان) الا اذا سجل عقده . فان لم يسجل اعتبر مالكاً بالنسبة الى البائع اليه وغير مالك بالنسبة الى الغير الذين كسبوا على العقار حقاً عيناً مسجلاً .

فكان هذا النظام الذى يعتبر فيه الشخص الواحد مالكاً وغير مالك

(١) Baffautie (J.), L'évolution des effets de la transcription hypothécaire, thèse Paris, 1946.

Bourville (J.), Limites à la portée de la transcription en droit français, thèse Paris, 1950.

في الوقت ذاته مثل اشكالات كثيرة ، ولذلك قضى عليه المشرع المصري بقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ اذ ألغى المادة ٤٧ / ٦٩ المذكورة ونص في المادة الأولى منه على أن الملكية وسائر الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم ، الا بالتسجيل .

وبذلك أصبح انتقال الملكية في العقار مختلفا كل الاختلاف عنه في المنقول ، وصارت قاعدة انتقال الملكية بمجرد الاتفاق مقصورة على المنقول دون العقار ، وأصبح الالتزام بنقل ملكية عقار عندما ينشأ من العقد لا يتم بقوة القانون ، بل يحتاج الى تنفيذ ، ويكون تنفيذه بالقيام بالاجراءات اللازمة لحصول التسجيل ، وهذه الاجراءات تلخص في كتابة العقد على ورق من نوع خاص تضعه الدولة تحت تصرف المتعاقدين ، ثم التأشير على هذا العقد من مصلحة الشهر العقاري بصلاحيته للشهر ، والتوقيع عليه أمام موثق أو موظف مختص بالتصديق على الامضاءات ، ثم تقديم هذا العقد للتسجيل ، وتسجيله فعلا .

ويجب على المدين بهذا الالتزام أن يعاون الدائن فيما لا يستطيع هذا أن يفرد به من هذه الاجراءات كتقديم مستندات الملكية والتوقيع على العقد أمام الموثق ، فان قام بذلك يكون قد وفى بالتزامه اختياراً ، وان لم يقم به يكون ممتنعاً ويجوز للدائن أن يلجأ الى التنفيذ القهري .

وقد اخذ المشرع الفرنسي بهذا النظام في قانون صدر سنة ١٩٣٥ ثم استبدل المشرع المصري بقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري وهو لم يغير في هذا الصدد شيئاً ، ثم صدر التفتين المدنى الحالى مشتملا في نهاية المادة ٢٠٤ منه التي تقدم ذكرها على عبارة صريحة توجب مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل ، وهي القواعد المتقدمة التي تجعل ملكية العقار لا تنتقل بمجرد العقد بل من وقت تسجيله

فحسب ، كما نصت المادة ٩٣٤ فقرة أولى منه على أنه « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين العاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المينة في قانون تنظيم الشهر العقاري » . ثم رأى المشرع أن يأخذ بنظام السجل العيني ، فصدر به القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ على أن يطبق تدريجياً على كل منطقة يتم مسحها مساحة حديثة وبعد ستة أشهر من صدور قرار وزارى بتطبيق نظام السجل العيني عليها^(١) .

وسنعرض فيما يلي لبيان نظام الشهر العقارى ووسائله بوجه عام ، ثم نقصر الكلام على الشهر من طريق التسجيل ، فنبين اجراءاته ووظيفته والتصرفات التى تخضع له ومنها عقد البيع ، وأخيراً ندرس طرق تنفيذ الالتزام بنقل ملكية عقار ، فنناول التنفيذ العيني الاختيارى ثم التنفيذ العيني القهرى ثم التنفيذ بمقابل .

§ ١ - نظام الشهر العقارى ووسائله بوجه عام

١٥٨ - ضرورة الشهر العقارى وأهميته فى المصر الحديث — تقدم فى بيان تاريخ انتقال الملكية العقارية من طريق العقد أن العمل أظهر ضرورة احاطة هذا الانتقال بشئ من المصلحة حتى يستطيع أن يعلم كل ذى شأن بالنسبة الى العقار الذى يريد التعامل عليه من هو مالكه الذى يصح التعامل معه بشأنه ، مما اقتضى إيجاب شهر التصرفات الواردة على عقارات .

وإذا كانت ضرورة ذلك قد بدت منذ القديم ، فإن أهميته فى المصر الحديث

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بعديات مزايها الشهر من طريق السجل العيني أن نظام السجل العيني لن يطبق دفعة واحدة على كافة أنحاء الجمهورية ، بل سيجرى تطبيقه تباعاً وكل منطقة من المناطق التى يتم مسحها ، فكلما تم مسح منطقة من المناطق مساحة حديثة أمكن تطبيق هذا النظام عليها .

غير أنه يلاحظ أنه حتى أول يناير ١٩٦٨ لم يصدر أى قرار وزارى بتطبيق نظام السجل العيني فى أى منطقة من المناطق ، فلم يبدأ فى تنفيذ هذا النظام حتى الآن .

قد تزايدت أضعافاً . فهي لم تعد تقتصر على توفير الثقة بين الماعدين وحيثان سلامة التصرفات العقارية وتسجيل تداول العقارات . بل صار الشهر العقارى السعامة الأساسية التى يقوم عليها الائتمان فى كل بلد ، لأن استقرار نظام الملكية يساعد على منح مالكي العقارات ائتماناً كبيراً من قبل أصحاب رؤوس الأموال ، وبخاصة إذا لم يقتصر الشهر على التصرفات الناقلة للملكية لحسب ، بل شمل أيضاً كافة التصرفات الأخرى التى تنشئ على العقارات رهوناً أو حقوق امتياز أو تكاليف عينة أخرى . فبذلك ينحى للقرض أن يقدر على أسس واضحة ثابتة من ملكية مستقرة وتكاليف محدودة واردة عليها قدر ما يستحقه طالب القرض من ائتمان مالى ، فينتج عن ذلك اطمئنان للقرض وتشجيع له على الاقتراض وبالتالي التيسير على راغبى الاقتراض فى الحصول على ما يبتغون من قروض بشروط مناسبة لا ارهاق فيها .

وواضح أن لذلك أكبر الأثر فى تنشيط سوق المال وفى انماء الاقتصاد الوطنى لأنه يتيح للقادرين على استثمار الأموال أن يستثمروا بأموال غير القادرين عليه فى انشاء المشروعات الصناعية والتجارية وزيادة الثروة القومية فيشبعون فى البلاد رواجاً يعم خيرهم جميع الأهلىن ، حتى أمكن القول بأن الائتمان فى كل بلد هو عصب الاقتصاد الوطنى .

لذلك عنيت البلاد المتقدمة اقتصادياً بنظام الشهر العقارى أكبر العناية ، وسارت فى سبيل احكامه شوطاً بعيداً .

وهناك طريقتان أساسيتان تتنازعان حتى الآن نظام الشهر العقارى بين مختلف البلاد ، الأولى يكون فيها نظام الشهر شخصياً ، والثانية يكون فيها هذا النظام عينياً .

١٥٩ - (١) نظام الشهر الشخصى - فى هذه الطريقة ينشأ فى البلد الواحد سجل عام - أو سجلات محلية فى مراكز الأقاليم - يرصد بها كل

تصرف منشئ حقاً عيناً عقارياً ، ويتم رصده باسم المتصرف ، وتوضع لهذا السجل - أو السجلات - فهارس منظمة بأسماء المتصرفين ، بحيث إذا أراد ذو شأن أن يعرف ما إذا كان مالك معين قد تصرف في عقار مملوك له يبيع أو رهن أو غيرهما استطاع أن يطلب شهادة من الأمين على سجل الشهر في الجهة الواقع في دائرتها العقار المذكور بالتصرفات التي قد تكون صدرت من ذلك المالك خلال فترة معينة يلزم في الغالب عملاً أن تشمل السنوات الخمس عشرة الأخيرة فيبحث الأمين عن اسم ذلك المالك في فهارس سجلات السنوات المطلوبة ، فإن لم يجده فيها كان ذلك دليلاً على عدم صدور تصرفات منه في المدة المذكورة ، وتعين عليه إعطاء الطالب شهادة سلبية .

وإن وجده مرة أو مرات كان ذلك دليلاً على صدور تصرف أو تصرفات من المالك المذكور في عقارات واقعة في الجهة المطلوب الكشف عنها وتعين عليه إعطاء الطالب شهادة يبين هذه التصرفات . فيستطيع الطالب بعد ذلك أن يطلع في السجل ذاته على كل من هذه التصرفات أو أن يطلب صورة كاملة من كل منها . وبذلك يتسنى له أن يعرف ما إذا كان العقار الذي يهمه باقياً على ملك المالك المذكور وغالباً من الحقوق والتكاليف العينية أم حصل التصرف فيه أو تحميله برهن أو امتياز أو بائ تكليف عيني . وفي ضوء ذلك كله يقدر حقيقة المركز المالي للشخص الذي يريد التعامل معه فيما يتعلق بعقاراته الكائنة بالجهة التي حصل الكشف عنها ومقدار ما يستحقه بسبب ذلك من ائتمان .

ومن خصائص هذا النظام أن الشهر طريق للعينية فقط لاسبب لانتقال الملكية أو الحقوق العينية ، فهو لا بد أن يستند الى عقد صحيح لا تشوبه شائبة . أما اذا ورد على عقد باطل أو تقرر بطلانه فإنه لا يكسب المتصرف إليه حقاً لأن الشهر لا يظهر عيوب العقد ، فيمكن استصدار حكم يطلان

العقد المشهر والتأشير به في هامش تسجيل العقد في زول كل أثر لهذا التسجيل .
وهذا هو النظام المتبع في القانون الفرنسي وفي أكثر البلاد اللاتينية وفي القانون
المصري حتى الآن ، بالرغم من صدور القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام
السجل العيني .

ويعاب عليه :

(١) أنه لا يعطى المتصرف اليه ضمنا بثبوت الحق المتصرف فيه له بصفة
نهائية ، بل يرضه للنزاع في حقه في أى وقت وللحكم بزوال هذا الحق ،
وبالتالى لا يعطى راغبى التعامل مع المتصرف اليه تأكيدا بأنه حقيقة صاحب
الحق موضوع التصرف المشهر لصالحه .

(٢) أن الاستكشاف في السجلات عن حالة عقار معين يقتضى أن يكون
المستكشف متحققاً من شخص المالك الحقيقى لهذا العقار وطابقاً اسمه واسم
آبيه وجده بالكامل وكذلك أشخاص وأسماء المالكين السابقين الحقيقين
الذين تداولوا هذا العقار خلال المدة المطلوب الكشف عنها ، أى أنه يستلزم
أن يكون الطالب قد اطلع على مستندات ملكية من يريد التعامل معه ولخصها
وتحقق من سلامتها وكفايتها وكذلك بالنسبة الى مستندات ملكية من تلقى
ذلك الشخص الملكية عنهم خلال مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة . وهى
همة شاقة طويلة تنخلها عقبات كثيرة ويمكن أن تقع فيها أخطاء متنوعة
يكفى أيها لجعل الكشف في السجلات غير جدير بالتعويل عليه ، ويكفى
وجود هذا الاحتمال حتى يضعف الثقة في نظام الشهر ويفقده أكبر مزاياه .

(٣) وتتضاعف هذه العيوب في مصر وفي غيرها من البلاد التى لم يتم فيها
استعمال اسم الأسرة الى جانب اسم الشخص ، وذلك بسبب تشابه الأسماء
فيها وتعددها الى حد كبير جداً بحيث يسهل الخلط بين اسم شخص واسم
غيره فتضاف تصرفات هذا الى ذاك أو العكس ، وبحيث يؤدي حذف واحد

من الأسماء المتعددة التي يتكون منها الاسم الكامل للشخص أو الخطأ أو التحريف في أحد هذه الأسماء الى عدم سلامة الكشف وعدم صحة النتائج التي يؤدي اليها .

١٦٠ - (ب) نظام الشهر العيني أو نظام السجلات العقارية -

أما الطريقة الثانية وهي المعروفة بنظام السجل العيني أو العقارى *livre foncier* فلا يكون الشهر فيما على هذا أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم تصرفات بل على أساس العقارات ذاتها ، بمعنى أن السجل الذي يتم فيه الشهر لا يمسك بحسب أسماء الأشخاص بل بحسب أرقام العقارات . فتخصص فيه صفحة لكل عقار يثبت في أولها اسم مالكه وقت انشاء السجل أو اسم أول متصرف اليه بعد انشاء السجل ثم يثبت فيها بعد ذلك أولا فاولا كل ما يرد على هذا العقار من تصرفات واجبة الشهر ، بحيث يمكن بمجرد الاطلاع على هذه الصفحة معرفة تاريخ ملكية هذا العقار والملاك الذين تعاقبوا عليه منذ انشاء السجل والتصرفات التي صدرت من كل منهم ومن هو المالك الأخير وما اذا كانت ملكيته تامة وخالصة من الحقوق والتكاليف العينية أو غير ذلك .

ويقترن هذا النظام عادة بتحويل أمين السجل سلطة قضائية واسعة في فحص صحة التصرفات التي تقدم للشهر وقبولها أو رفضها ، بحيث اذا قبلها وتم شهرها فان الشهر ذاته يعتبر هو سند الحق المشهر عنه فلا يتأثر هذا الحق بعد ذلك بالظمن على صحة العقد الذي تم شهره . وغاية الأمر أنه اذا ثبتت صحة الظمن يكون لمن يضار من الشهر الذي تم خطأ مطالبة الدولة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب ذلك .

وظاهر أن هذا النظام يتفادى عيوب النظام السابق كلها ، فلا يحتاج للمستكشف فيه الى أن يكون عالماً باسم المالك الأخير وأسماء المالكين السابقين

ولا الى أن يفحص مستندات ملكيتهم ويتحقق من أن الملكية قد آلت حقيقة الى الأخير منهم، ولا يهم فيه تشابه الأسماء وتعددتها ولا تباينها وقلتها. وهو فوق ذلك يجعل الكشف سهلاً ميسراً لا يحتاج الى البحث في فهارس سجلات متعددة بقدر عدد الملاك الحاليين والسابقين مضروباً في عدد السنوات المطلوب الكشف عنها كما هو الشأن في نظام الشهر الشخصي ، وإنما يكفي فيه الاطلاع على صفحة واحدة من السجل هي الصفحة المخصصة للمعار أو العقارات المطلوب الكشف عنها .

ولاشك أن من شأن هذه المزايا أن تسهل التعامل في العقارات وتوطد الثقة فيه وتساعد على زيادة الائتمان العقاري .

غير أن الأخذ بهذا النظام يقتضى أولاً وقبل كل شيء مسح عقارات البلد وتحديد موقع كل منها ومساحته وأطواله وبيان حدوده المميزة له تمييزاً دقيقاً وتعيين مالكه على وجه التحقيق تمهيداً لاعطاء كل منها رقماً خاصاً وتخصيص إحدى صفحات السجل له . وواضح أن هذا العمل التمهيدى عمل شاق ودقيق يتطلب وقتاً طويلاً ونفقات باهظة . لذلك لم تأخذ بهذا النظام الا بلاد تنتشر فيها الملكيات الكبيرة فيسهل حصرها وتحديدتها وافراد صفحة لكل منها ، أو بلاد متقدمة اقتصادياً الى حد كبير صارت للائتمان العقاري فيها أهمية بالغة تبرر الاضطلاع بالأعمال التمهيدية اللازمة للأخذ بهذا النظام . ومن الفريق الأول أستراليا ، فقد أدخل فيها هذا النظام بتشريع صدر في سنة ١٨٦١ Torrens Act ، ثم تونس وبعض المستعمرات الفرنسية . ومن الفريق الثانى ألمانيا وسويسرا وغيرهما . وقد تقبّلت الاشارة الى أن المشرع المصرى صحت عزيمته على الأخذ بهذا النظام نظراً لمزاياه العديدة وأصدر به القانون رقم ١٤٢/١٩٦٤ الذى نص في قرار رئيس الجمهورية باصداره على أن « يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام

المساحية التي يسرى عليها نظام الشهر على أساس اثبات المحررات في السجل العيني ، ويحدد أقرار التاريخ الذي يبدأ فيه هذا المريان ، على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . - ويستمر العمل بقوانين الشهر المعمول بها في المناطق التي لم يطبق نظام السجل العيني فيها طبقاً لأحكام الفقرة السابقة (المادة ٢) ، وفي الفترة المشار إليها تستكمل المصلحة (مصلحة المساحة) اعداد السجل العيني للقسم المساحي على الوجه المبين بالقانون المرافق (المادة ٣) ، ويصدر باللائحة التنفيذية قرار من وزير العدل (المادة ٤) . ونظراً لعدم صدور اللائحة التنفيذية ولا القرار الوزاري أشار إليهما حتى الآن ، فان النظام الجديد لم يطبق بعد ، ولا زال العمل جارياً بقانون الشهر العقاري (رقم ١١٤ / ١٩٤٦) الذي يقوم على نظام الشهر الشخصي .

١٦١ - نظام الشهر المصري المعمول به حتى الآن - أتبع المشرع المصري عند وضع التقنيات الملقاة في سنة ١٨٧٥ نظام الشهر الشخصي بالرغم من عيوبه التي تقدم ذكرها . وقد اضطر الى ذلك بسبب العجلة التي وضعت بها تلك التقنيات والرغبة الملحة في تنفيذ اصلاح القضاء بأسرع ما يمكن .

وبعد نحو أربعين سنة اقتضى الأمر مراجعة نظام الشهر ، فشكلت لجنة لهذا الغرض انتهت الى وضع قانون التسجيل الذي صدر في سنة ١٩٢٣ وقد أخذت فيه أيضاً بنظام الشهر الشخصي ، بالرغم من اقتناعها بأفضلية النظام العيني ، لأنها رأت أن الأخذ بهذا النظام الأخير يقتضي اعداداً سابقاً طويلاً المدى لمسح جميع العقارات والتحقق من صحة مستندات مالكيها ، فوضعت القانون رقم ١٨ / ١٩٢٣ على أساس النظام الشخصي ولكننا اشترطت في تطبيقه اجراءات كثيرة لا تتطلبها طبيعة هذا النظام بل تعتبر من الأعمال التمهيدية اللازمة لادخال نظام الشهر العيني في مستقبل غير بعيد . ومن هذا القبيل

ما أوجبه القانون من ضرورة عرض كل عقد يراد شهره على مصلحة المساحة كي تقوم بتحديد المقار موضوع التصرف التحديد اللازم لافراد صفحة له في السجل العيني الذي يراد انشاؤه مستقبلا، وما أوجبه على العاقدین من تقديم مستندات ملكية المتصرف واستيفاء جميع الاجراءات اللازمة لصحة التصرف كحصر الورثة وضبط الاعلامات الشرعية واثبات الاهلية والتوكيلات وترخيصات الجهات المختصة عند الاقتضاء الخ. ومن هذا القبيل أيضاً ما أوجبه من تحرير العقود على ورق من حجم معين ونوع خاص ومن تصديق على توقعات العاقدین ومن ضرورة حفظ أصول العقود في أقلام التسجيل والاكتفاء باعطاء صور فوتوغرافية منها لنوى الشأن فيها الخ .

ولما دعت الحاجة الى مراجعة قانون التسجيل وازادته وسائل الشهر الأخرى اليه في سنة ١٩٤٦ لم يكن تم مسح جميع المقارات وقدرت المدة اللازمة لاتمام مسح الباقي منها بأكثر من ثلاثين سنة أخرى ، فتمين استمرار الأخذ بنظام الشهر الشخصي حتى يتم الاعداد للأخذ بالنظام العيني ، وصدر بناء على ذلك قانون الشهر العقارى فى سنة ١٩٤٦ (القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) . وقد قصد به تكملة قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ وعلاج بعض عيوبه الى أن يمكن ابدال نظام الشهر العيني به .

١٦٢ - وسائل الشهر العقارى فى النظام الشخصى للشهر - نص

المشرع المصرى على ثلاث وسائل لشهر أنواع التصرفات العقارية هى التسجيل transcription والقيد inscription والتأشير الهامشى mention en marge^(١)

والأول يتم بنقل صورة كاملة من العقد المحرر بين الطرفين ان كان عقداً

(١) يختلف الى ذلك طريقة عامة لشهر المحررات الرقبة لتصرفات المساحة على أول يناير ١٩٢٤ هى الشهر بطريق ايداع المحرر التات تاريخه قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لائنات توى (المادة ٥٧ من قانون الشهر العقارى) .

رسمياً أو يحفظ الأصل ذاته الموقع من الطرفين ان كان العقد عرفياً . وتخضع له التصرفات المنشئة والتصرفات المقررة لحقوق عينية أصلية على عقار والأحكام المتعلقة بذلك وبعض التصرفات الأخرى التى سيجىء ذكرها .

والثانى تخضع له التصرفات المنشئة أو المقررة حقوقاً عينية عقارية تبعية كحقوق الرهن والامتياز . ويتم بنقل بعض بيانات خاصة بهذه التصرفات فى سجل خاص بناء على قائمة قيد *borderneau d'inscription* يتقدم بها الدائن ويذكر فيها اسمه واسم المدين ومقدار الدين وفوائده ومصدره وتاريخه ويبان العقار الوارد عليه الحق العيني التبعي المراد قيده .

والثالث هو التأشير الهامشى يفترض وجود تسجيل أو قيد سابق يراد اجراء تعديل فيه أو تصحيح أو تكملة بناء على تصرف جديد أو حكم . فالحقوق العينية التبعية يتم شطبها من طريق التأشير به فى هامش قيدها الاصلى ، وكذلك حوالتها من الدائن الى غيره . والأحكام التى تصدر فى دعاوى سجلت صحيفتها يتم شهرها من طريق التأشير بها فى هامش ذلك التسجيل أو فى هامش تسجيل التصرف الذى صدر بشأنه الحكم .

والتسجيل هو الذى يهنا الآن بمناسبة الكلام فى نقل ملكية العقار المبيع ، فنقتصر عليه بحثنا مع الاشارة الى تسجيل الدعاوى والتأشير فى هامشه بما يصدر فيها من أحكام .

§ ٢ - التسجيل واجراءاته والتصرفات التى تخضع له

١٦٣ - نص من القانون - نص قانون الشهر العقارى فى المواد ٩ و ١٠ و ١١ منه على المحررات الواجب شهرها من طريق التسجيل ، ونص فى المواد من ٢٠ الى ٣٦ منه على اجراءات التسجيل .

١٦٤ - التصرفات التي يجب تسجيلها - يجب التسجيل في ثلاثة أنواع من التصرفات هي : (١) التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية على عقار أو التي من شأنها نقل حق من هذا النوع أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويرتب على عدم تسجيلها أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم (المادة ٩ وهي تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣) . ويدخل عقد البيع في هذه الفئة من التصرفات واجبة التسجيل .

(٢) والتصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق المذكورة ويرتب على عدم تسجيلها أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير (المادة ١٠ وهي تقابل المادة الثانية من قانون سنة ١٩٢٣) .

(٣) وبعض التصرفات المثبتة لحقوق شخصية متعلقة بعقار رأى المشرع أنها تبلغ من الأهمية مبلغ الحقوق العينية فأوجب تسجيلها أيضاً . وهي الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالفات والحالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويرتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالفات والحالات .

١٦٥ - إجراءات التسجيل - الأصل في التسجيل أن يتم بنقل صورة كاملة من المحرر المثبت للتصرف في سجل معد لذلك وإعادة المحرر للمعاجيه بعد التأشير عليه وختمه بما يفيد تسجيله . وكان هذا هو المتبع في مصر منذ

انشاء نظام التسجيل الحديث فيها تبعاً لانشاء المحاكم المختلطة والأهلية الى أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ .

وقد ظهرت لهذه الطريقة عيوب كثيرة في تسجيل المحررات العرفية ، لأنها تسهل اخفاء تزوير توقيعات المتعاقدين وتسمح عند نقل الصورة بتحريراً مضمون المحرر زيادة أو نقصاً ، اذ أن ذا الشأن في المحرر الذي قدمه للتسجيل كان يستطيع بعد أن يسترد الأصل أن يدمه أو يغيّبه وأن ينسك بصورة رسمية منه يستخرجها من قلم التسجيل ، فتكون لهذه الصورة الرسمية حجية على الطرف الآخر دون أن يتيسر لهذا اثبات ما وقع فيها من تزوير أو تحريف بسبب عدم وجود أصل المحرر الذي يحمل توقيعات العاقدین وتعتبر مراجعة الصورة عليه .

لذلك فكر المشرع عند وضع قانون التسجيل في علاج هذه الحالة وانتهى الى تقرير الاحتياطات الآتية التي أخذ بها أيضاً في قانون الشهر العقاري المعمول به الآن :

(١) لا يقبل للتسجيل محرر عرفي ما لم يكن مصدقاً على التوقيعات التي يحملها من موظف مختص ، بعد أن يتحقق هذا الموظف من شخصية الموقعين ، وذلك تفادياً لتزوير التوقيعات أو لانتحال شخصية العاقدین .

(٢) لا يكتفي في التسجيل بنقل صورة المحرر ورده الى صاحبه، وإنما يتم التسجيل بحفظ الأصل ذاته حتى يمكن الرجوع اليه في كل وقت لتحقيق ما يدعى فيه من تزوير أو في صورته من تحريف .

(٣) يعطى ذو الشأن صورة قطع من المحرر الذي قدمه للتسجيل، ولضمان مطابقة هذه الصورة للأصل الى أكبر حد تقرر أن يكون نقل هذه الصورة بطريق الفوتوغرافيا .

(٤) ونظراً لا يجب حفظ أصول المحررات المسجلة في مضابط سلسلة اقتضى الأمر أن تكون الأوراق التي تكتب عليها هذه المحررات كلها من حجم واحد ونوع بذاته حتى يمكن ضم بعضها الى بعض بسهولة فتكون كل مجموعة منها مجلداً من السجل العام . وتحقيقاً لذلك وضعت الادارة نموذجاً معيناً من الورق الذي يصلح لذلك واشترطت كتابة المحررات واجبة الشرع على هذا الورق وأن تكون تلك الكتابة بالحبر الصيني حتى لا يعثرها البلى وحتى تكون صورتها الفوتوغرافية أكثر وضوحاً .

(٥) ولأن المشرع توخى عند وضع قانون التسجيل أن يمدد من ورائه لادخال نظام الشهر العيني ، فقد أوجب في المحررات التي تقدم للشهر ذكر بيانات معينة خاصة بالمتعاقدين وبالعقار المتعاقد عليه . ولضمان سلامة هذه البيانات أوجب مراجعتها من مصلحة المساحة قبل التسجيل ، حتى تتاح لهذه المصلحة فرصة مسح جميع المقارات أولاً فاولاً وتحديد ذاتية كل منها تمهيداً لتخصيص صفحة له مستقلة عند انشاء السجل العيني .

وبناء على ذلك يجب في بيع العقار أن يحرر العقد على ورق من النوع المخصص لذلك بالحبر الصيني وأن يوقعه كل من البائع والمشتري أمام موثق العقود أو الموظف المخصص بالتصديق على التوقيعات وأن يتضمن العقد كافة أسماء العاقدين (بما في ذلك أسماء آبائهم وأجدادهم) وكافة البيانات المساحية الدقيقة التي يجب الاستيثاق من صحتها بمراجعتها في مصلحة المساحة والحصول منها على تأشير بأن المحرر صالح للشهر . وهي لا تمطى هذا التأشير الا بعد فحص مستندات ملكية البائع والتحقق من أنه حائز أهلية البيع أو له ولاية في ذلك .

كل هذه الاجراءات التي فرضها المشرع منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ لا يمكن تسجيل العقود ، ونفصه على وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار المعقود عليه ، كل ذلك جبلي البعض يعتقدون أن عقد بيع العقار لم يعد رضائياً بل جبار

عقداً شكلياً لأنه ما دام لا ينتقل الملكية الا بالتسجيل فانه لا يبلغ تمامه الا باستيفاء هذا الاجراء .

١٦٦ - وظيفة التسجيل في عقد بيع العقار .
يجعل من ركنا في العقد بل ابراء فقط لما تنفيذا لالتزام ينقل ملكية المبيع - غير أن هذا الاعتقاد لا أساس له من القانون ، لأن المشرع اذ فرض تلك الاجراءات لم يفرضها باعتبارها شرطاً لاعتقاد البيع بل شرطاً فقط لامكان تنفيذ أحد آثاره وهو التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشتري . وعما يدل على ذلك أن المشرع نص في المادة الأولى فقرة ثانية من قانون سنة ١٩٢٣ (وتقابلها المادة ٩ فقرة ثانية من قانون سنة ١٩٤٦) على أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها (وهي الحقوق العينية الأصلية العقارية) لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم . ومؤدى ذلك أن ما يتوقف على تسجيل عقد البيع انما هو أثر البيع المتعلق بنقل حق عيني أصلي فقط هو في الغالب حق ملكية العقار المبيع . أما ما عدا ذلك من آثار أو التزامات ينشأ عن عقد البيع في ذمة كل من العاقدين فلا يتوقف على تسجيل العقد . وقد أوضح المشرع صراحة أنه يقصد ذلك ، بأن نص في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ (وفي ما يقابلها من المادة ٩ من قانون سنة ١٩٤٦) على أن لا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن .

وقد فسر القائلون بأن قانون التسجيل جعل عقد بيع العقار عقداً شكلياً لا ينمقد الا بالتسجيل هذين النصين الأخيرين بأن المقصود بهما أن عقد البيع غير المسجل يقع باطلا ولكنه يتحول الى عقد غير مسمى ينشئ التزامات شخصية . غير أن هذا التفسير لا محل له لأن المشرع لم ينص على جعل التسجيل شرط انعقاد ولا على أن يكون جواً لخطئه بطلان العقد ،

ولاعلى أن العقد غير المسجل ينشئ التزامات أو آثاراً أخرى غير الالتزامات أو الآثار التي تترتب على البيع بوجه عام حتى يمكن القول بأن البيع غير المسجل يقع باطلا ولكن تترتب عليه التزامات شخصية تختلف عن الالتزامات التي تترتب عادة على عقد البيع^(١).

ولذلك لم يصادف رأيهم رواجاً يذكر، وما لبث الفقه والقضاء أن استقرا على أن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة عقد البيع الرضائية ولم يجعل من التسجيل ركناً في البيع بل اقتصر على أن يجعل تنفيذ الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع هو وحده الذي يحتاج الى التسجيل.

وقد قضت محكمة النقض بأن قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيه ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين. وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للماقيدين وغيرهم، لجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل أرجأه الى حين حصول التسجيل، وترك لعقد البيع معناه وباقي آثاره^(٢).

١٦٧ - آثار عقد البيع غير المسجل - يخلص عما تقدم أنه بالرغم من اشتراط المشرع منذ العمل بقانون التسجيل ابتداء من أول يناير ١٩٢٤ تسجيل بيع العقار لامكان نقل ملكية المبيع الى المشتري، فإن بيع العقار ما زال يعتبر عقداً رضائياً يكفي في انعقاده توافق الايجاب والقبول، وأنه يترتب عليه بمجرد ذلك جميع آثار البيع بوجه عام.

وإذا كان قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى قد جعلا تنفيذ

(١) في هذا المعنى السهوى في الوسيط ج ٤ نيفة ٢٧٢.

(٢) محلى مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٢٢ بمجموعة اللوائح القانونية ١ - ١٤٣ - ٧٣ - ٧٧ يناير ١٩٢٣ بمجموعة اللوائح القانونية ١ - ١٦٣ - ٩١ - ٦٠ نوفمبر ١٩٤١ بمجموعة اللوائح القانونية ٣ - ٣٨٥ - ١٢٥.

التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشتري لا يتم الا بتسجيل العقد، فان ذلك لا يبنى نفوه هذا الالتزام بمجرد العقد شأنه في ذلك شأن سائر الالتزامات التي تترتب على عقد البيع . وغاية الامر أن القانونين المذكورين قد رددا هذا الالتزام الى القاعدة الأصلية فيما يتعلق بنشوء الالتزامات أولا ثم تنفيذها أو الوفاء بها بعد ذلك ، بدلا من إخضاعه الى القاعدة التي استحدثت في بدء القرن الماضي وهي التي تقضي بأن الالتزام باعطاء شيء يتم تنفيذه بقوة القانون بمجرد نشوئه أى بمجرد توافق الارادتين .

وبناء على ذلك ينشأ من عقد البيع غير المسجل التزام في ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع الى المشتري ، وسنخصص هذا الالتزام يبحث مستقل لرى ما يقابله من حق للمشتري، وما يحله وكيف يتم تنفيذه تنفيذاً اختيارياً أو تنفيذاً جبرياً، سواء أكان ذلك التنفيذ عينياً أم بمقابل . غير أن هذا الالتزام لا يمنع البائع من طلب تثبيت ملكيته الى المبيع ضد من ينازعه فيه ، عدا المشتري فانه يلتزم بعدم التعرض له بمقتضى الضمان المتولد من العقد^(١) .

ويترتب فوق ذلك على عقد البيع غير المسجل التزام البائع بتسليم العقار المبيع الى المشتري من وقت العقد ، هذا ما لم يتفق على غيره، ويتضمن ذلك الزام البائع أيضاً بالمحافظة على العقار المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد الى أن يتم تسليمه . فيجوز للمشتري مطالبة البائع بتسليمه العقار المبيع ولو قبل تسجيل العقد وانتقال الملكية اليه^(٢) ، ويجوز له أن يحبس الثمن حتى يتسلم العقار .

وكذلك يترتب على البيع غير المسجل الزام البائع بضمان المبيع للمشتري^(٣) ، ويقابل ذلك حق المشتري في الرجوع على البائع بالتعويض اذا حصل له

(١) نفس مدق ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ المحاماة ٣٩-١٠١٣-٤٢٢ .

(٢) نفس مدق ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ بمجموعة القواعد القانونية ١-١٤٣-٧٣ .

(٣) أنظر نفس ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ المحاماة ٣٥-١٠٥٨-٤٤٦ نفس ١٨ ديسمبر

١٩٥٨ بمجموعة أحكام النفس ٩-٧٧٦-١٠٧ .

تعرض في المبيع من الغير أو من البائع نفسه أو قضى للغير باستحقاق العقار المبيع^(١)، أو ظهرت في المبيع عيوب كانت خفية .

وفي ذمة المشتري ينشأ البيع - بالرغم من عدم تسجيله - التزاما بدفع الثمن ونفقات العقد والزاما آخر بقسط المبيع ، وكل هذه الالتزامات لاشأن لها بانتقال الملكية ولا تتوقف على حصول التسجيل ، فيجوز للبائع المطالبة بتنفيذها بمجرد انعقاد العقد ما لم يتفق على غير ذلك .

ويترتب أيضا على البيع ، بمجرد انعقاده ومن قبل تسجيله ثبوت حق المشتري في ثمار العقار المبيع وريعه من وقت العقد^(٢) ، سواء نفذ البائع التزامه بالتسليم أو لم ينفذه ، وسواء قام المشتري بدفع الثمن أو لم يقم ، ما لم يتفق على غير ذلك^(٣) .

وبقابل التزام البائع بنقل الملكية الى المشتري حق لهذا الأخير في مطالبة البائع بنقل الملكية اليه ، ولكن هذا الحق شخصى له ازاء البائع فقط ، لا يجوز له أن ينقل ملكية المبيع الى غيره . فاذا باع المشتري ما اشتراه بعقد غير مسجل الى آخر وتمكن هذا من تسجيل عقده ، فإن هذا التسجيل لا يترتب عليه أى أثر ولا ينقل الملكية الى المشتري التالى ما لم يسجل المشتري الأول عقده . وقد قضت بذلك محكمة النقض في ٢١ يناير ١٩٦٥ حيث قررت أن حق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة

(١) قضى مدنى ٢٠ فبراير ١٩٣٦ مجموعة التواعد القانونية ١-١٠٤٩-٣٢٦ .

(٢) قضى مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣-١١٠٩-١٨٤ .

(٣) أنظر بور سعيد الابتدائية ٣١ ديسر ١٩٥٩ في القضية رقم ١٨ لسنة ١٩٥٧

(غير منشور) ، قضى مدنى ٢ يولي ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥-٨٩٥-١٣٩ وقد جاء فيه أن المتعاقدين بعد اجتماعى أن يتفقا على مآل ثمار المبيع - ولا جناح عليهما أن اتفقا على أن تكون منه الثمار للمشتري من تاريخ سابق على تسلم المبيع أو على البيع نفسه - اد أن هذا الاتفاق لا يجره القانون وليس به ما يخلط النظام . وفي هذا المنى أيضا قضى مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥-٤١٨-٦٨ .

الى الغير الا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر اليه ، ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول اليه هو الا بتسجيل عقده . ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقاري نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بأثبات أصل الملكية أو الحق العيني الا المحررات التي سبق شهرها ، فإذا توصل المشتري الى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بضمته وقفاه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا ، اذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو البائع له الذي لم تنتقل اليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده^(١) .

وتنتقل هذه الحقوق والالتزامات المترتبة على البيع غير المسجل من كل من الطرفين الى وراثته ، فيلزم وارث البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري او الى وارثه ويتسلمه اليه وبضمان الانتفاع به في حدود موجودات التركة . وكذلك يلزم ورثة المشتري بالثمن في حدود تركته ويتلقون حقوقه المترتبة على البيع غير المسجل ويكون لهم حق اقتضاها من البائع أو من ورثته^(٢) .

§ ٣ - الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع وتنفيذه وفقاً لقانون التسجيل وقانون الشهر العقاري

١٦٨ - محل هذا الالتزام وطرق تنفيذه - يلزم البائع بأن ينقل الى المشتري ملكية العقار المبيع . وهذا يقتضى أن يقوم البائع بكل ما يلزم لتسجيل تسجيل عقد المشتري . فبالإضافة الى وفاء البائع بالتزامه واستيفاء المشتري حقه ،

(١) مجموعة أحكام المجلس ١٦-٢٣-١٢ ، وفي هذا المعنى أيضا مجلس مدني ١٩ مايو

١٩٦٦ مجموعة أحكام المجلس ١٧-١١٩٦-١٦٤ .

(٢) آخر مجلس مدني ١٧ نوفمبر ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ١-١٤٣-٧٣ ،

مجلس مدني ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام المجلس ١٤-٣٩٨-٦٢ ، ٦ مارس مدني ١٣ يناير

١٩٦٦ مجموعة أحكام المجلس ١٧-١٢٣-١٧ .

والأصل أن على البائع اجراءات الوفاء وعلى المشتري اجراءات الاستيفاء . فإذا لم يتفق الطرفان على تعيين من يجب عليه منهما اتخاذ اجراءات التسجيل ، فإنها تكون على المشتري بصفة أصلية ويكون على البائع أن يقدم له في ذلك المعاونة التي لا يمكن أن يتم التسجيل بدونها . فيقوم المشتري بتقديم الطلب لمصلحة الشهر العقاري ويقدم لمصلحة المساحة جميع البيانات اللازمة ثم يحرم مشروع العقد على النموذج الخاص ويدفع الرسوم المستحقة عليه ويدعو البائع للتوقيع عليه أمام الموظف المختص ويقدم العقد لتسجيله بمصلحة الشهر العقاري . وهو في كل ذلك يحتاج الى أن يوافيه البائع بمستندات ملكيته وبما يثبت أهليته وصفته فيقع على البائع تقديم ذلك كله ، كما يجب عليه أن يقوم بتوقيع مشروع العقد المعتمد من مصلحة الشهر العقاري أمام الموثق أو الكاتب المختص بالتصديق على الامضاءات .

وقد يتفق الماقدان على أن يقوم البائع بكافة اجراءات التسجيل ونفقاته وحينئذ يقع على البائع كل ما تقدم ولا يكون المشتري ملزماً بغير توقيع العقد أمام الموثق بعد تمام الاجراءات اللازمة لذلك .

وفي كلتا الحالتين يتعين على البائع أن ينفذ التزامه فيما يتعلق بنقل الملكية تنفيذاً عينياً أي أن يقوم بالاجراءات المذكورة اللازمة لنقل ملكية المبيع . فان قام بها اختياراً انتهى الأمر ، والا جاز التنفيذ العيني جبراً عنه طالما كان ذلك ممكناً ، فان استحال التنفيذ العيني ، لم يبق الا جبر البائع على التنفيذ بمقابل أي من طريق التعويض .

١٦٩ — (أولاً) التنفيذ بوفتيارى وآثاره — اذا قام البائع باختياره

بالاجراءات اللازمة للتسجيل التي تقع على عاتقه برمت ذمته من التزامه بنقل الملكية وانتقلت ملكية المبيع منه الى المشتري بمجرد حصول التسجيل فعلاً ، فصار المشتري هو المالك وأصبح البائع غير مالك .

ويرتب على ذلك أن حق المشتري في مطالبة البائع بنقل الملكية ينقضى، وأن البائع وقد تجرد من ملكية المبيع يستحيل عليه بعد ذلك أن ينقل ملكيته مرة ثانية الى شخص آخر، بل انه لو باع العقار ذاته مرة أخرى اعتبر يبعه صادراً من غير مالك وجاز للمشتري الثاني ابطال عقده ومطالبة البائع بالتعويض، وتعرض الأخير لمحاكمته بتهمة النصب وفقاً للمادة ٣٣٦ عقوبات.

على أنه يجب أن لا يغيب عن البال أن انتقال ملكية العقار المبيع لا يترتب - في نظام الشهر الشخصي وهو الذي مازال متبعاً في القانون المصري المعمول به حتى الآن - على التسجيل في ذاته بل باعتباره وارداً على عقد صحيح صالح لنقل الملكية . فاذا كان البيع المسجل صادراً من غير مالك فانه بالرغم من تسجيله لا ينقل الملكية . وكذلك اذا وقع العقد باطلاً أو تقرر ابطاله أو كان عقداً صورياً فان ثبوت بطلانه أو صوريته يجعل تسجيله عديم الأثر^(١)،

(١) انظر فيما يتعلق باطل آثر التسجيل بسبب صورية العقد المسجل غنى مدني ٩ فبراير ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ - ٢٥٤ - ٢٦ ، وأيضاً غنى ٣١ ديسمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ - ٣٥٢ - ٥٤ الهاماة ٣٥ - ١٠٩٣ - ٤٧٥ ، غنى ٩ ديسمبر ١٩٣٧ و ٢٥ أكتوبر ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٩٦ و ١٣٥ ، وغنى ٢ يونيو ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٦٧ ، غنى مدني ٢٧ مايو ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ٦٥٥ - ١٠٥ وأخيراً غنى مدني ٢٦ مايو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٢٧١ - ١٧٤ وقد قرر أن المشتري الذي لم يسجل عقده أن يحسك بصورة عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى عو هذا العقد من الوجود لكي يحكم له هو حصة عقده ويسجل هذا الحكم ، فتنتقل اليه ملكية العين المبيعة ، اذ أنه لكونه دائناً للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يحسك بذلك الصورية أيما كان الباعث عليها لازالة جميع الموانع التي تعادله في سبيل تحقيق آثر عقده .

غير أنه بالرغم من ثبوت صورية العقد المسجل يجوز لمن اشترى العقار من المشتري الصوري المسجل عقده أن يحسك بذلك العقد الصوري وتسجيله باعتباره غيراً بالنسبة لذلك العقد ، وجاء في حكم حديث لمحكمة الغنى أن المشتري الصوري لا يجوز أن يهاجم بورقة غير مسجلة تهدد التنازل من الصفقة متى كان لا يلزم بصورة عقد بطلان البائع له ولو كان مؤثراً بمضمونها على حاشي تسجيل العقد الظاهر المسجل ، لأن ذلك التأشير لا يؤدي الا الى اثبات تاريخ تلك الورقة . وإثبات التاريخ ليس فيه اشهار للورقة حتى يتعرض به على الغير بل يعتبر =

ويكون الحكم كذلك فيما يتعلق بالذاتين فقط اذا طعن في العقد المسجل بالدعوى البولية ثم قضى فيها بعد تسجيله بعدم نفاذه في حقهم^(١).

١٧٠ - ليس للتسجيل أثر رجعي - على أثر صدور قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ذهب الأستاذ عبد السلام ذهني الى أن التسجيل متى تم يكون له أثر رجعي ، أي أنه ينقل ملكية المبيع الى المشتري لا من وقت حصوله لحسب بل من وقت إبرام البيع ، على ألا يضر ذلك بالحقوق التي تكون قد ترتبت للغير على العقار المبيع في الفترة ما بين صدور العقد وبين تسجيله^(٢) . وقد أبداه الأستاذ السهوري حينئذ في ذلك^(٣) ، ثم أخيراً في الوسيط^(٤) .

وقد استند الأستاذان الكبيران فيما ذهبا اليه الى عدة حجج نظرية وعملية^(٥) ولكن رأيهما لم يصادف رواجا لا في الفقه ولا في القضاء . وقد رفضت محكمة النقض الأخذ به حيث قررت أن الشارع إنما قصد في قانون التسجيل تأخير نقل

== كما كانت قبل التأشير بالية على الكتان والمخاء (غرض مدني ٢٠ أبريل ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢-٣٧٦-٥١) . وهذا الحكم محل نظر لأن التأشير الهامشي متى تم قانوناً أي بمقتضى سند يسمح بإجرائه يتضمن الإشارة الى ذلك السند ومضمونه ويكتفي لإعلام الغير بذلك المضمون .

(١) انظر فيما يتعلق بإبطال أثر التسجيل عن طريق الطعن في العقد المسجل بالدعوى البولية غرض مدني ٢ يونيو ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦-١١٨٥-١٥٨ .

(٢) عبد السلام ذهني في الأموال نبذة ٤٦٣ ونبذة ٤٨٩ ونبذة ٦٢٧ ، ومطالع في الحاماة ٦ ص ٦٠٦ و٦٠٧ .

(٣) السهوري في عقد الإيجار سنة ١٩٢٩ نبذة ٤٨٠ .

(٤) السهوري في الوسيط ج ٤ (في البيع) نبذة ٣٨٢ وما بعدها ، وفي هذا المعنى أيضاً مجل العرفوي في رسالته في نظرية بطلان التصرف القانوني ص ١٥٦ هامش رقم ١ وفي كتاب البيع طيبة سنة ١٩٦٦ نبذة ٥٤ ص ١٨٠ هامش ٢ .

(٥) وقد أفاضت في عرض هذه الحجج زميلتنا الأستاذة الدكتور محمد علي امام في كتاب عقد البيع (الذي وضعه بالاشتراك معنا) نبذة ١٨٦ ص ٤ وقد عاد الى بطل هذه الحجج وتبريزها بحجج جديدة قوية الأستاذ السهوري في الوسيط ج ٤ نبذة ٣٨٢ وما بعدها .

الملكية الى أن يتم تسجيل العقد، فليس التسجيل بمثابة شرط واقف ينسحب بتحقيقه أثر العقد الى يوم تاريخه، ولا يعتبر المشتري مالكا الا من يوم تسجيل عقد شرائه^(١).

(١) تنص ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية جـ رقم ١١٢ .
وكان في مقدمة الحجج التي استند اليها بعض القائلين بالأثر الرجعي للتسجيل أن المصروع قد امتلك الملكية على حصول التسجيل ، الأمر الذي يجعل التسجيل بمثابة شرط واقف لانقال الملكية ، فني تحقق هذا المبرط كان لتحقيقه أثر رجعي من وقت العقد ، فثبتت محكمة النقص في حكمها المشار اليه هذه الحجة تخيلاً قوياً حيث قالت :

« ان استناد أثر المبرط الى الماضي . على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ مدني قديم (= ٢٧٠ من القانون الحالي) ، انما يصح حيث يكون التطبيق على المبرط ناشئاً عن ارادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر المبرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فان الحكم المبرط لا يوجد ولا يثبت الا عند تحقق شرط . أما قبله فلا ، ذلك أن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن المتعاقدين ، اد يطلقان انضمامهما على شرط - أي على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد - يكونان جاهلين بمآل المبرط ، فلا يعرفان هل يحقق أو يخالف . فقدر أنهما لو كانا على علم بهذا المآل لافانما عليه انضمامهما متذالباية . وعلى هذا التصدير أو القرض للقانون قامت نظرية الأثر الرجعي للمبرط .

ولا مبرر لها في المصراع التي أخذت بها الا أنها تبرر عن ارادة المتعاقدين ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الأخلاق ، وقد أترم القانون نفسه هذه الفائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التي قررت الأثر الرجعي للمبرط في باب التهديدات والقسود ، وعلى ذلك فلا يحل تطبيق هذا النص في غير هذا الباب ، وصفة خاصة لا عمل لتطبيقه على ما كان من المبرط جلياً صروداً الى ارادة الشارع - كمبرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من المبرط باقي على الأصل ، فلا انسحب لأثره على الماضي . فضلاً عما تهدم فان القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافية للصوصد الشارع من وضع قانون التسجيل . ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين المبر وبين المتعاقدين ، والتضاد على هذا التمييز بالذات كان يسي ما أريد بوضع هذا القانون . ثم ان هذا القول أيضاً من شأنه أن يصف جزءا عدم التسجيل في حين أن واضع القانون المذكور انما أراد أن يكون هذا الجزء ملزماً مادام لا يعمل المتعاملين على المبادرة الى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام «جلايات مقاربة المرجو انشاؤه في المستقبل » .

وقد اطر دقضاء محكمة العليا على ذلك (انظر تنص مدني ٩ فبراير ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢-٤٩٧-١٦٤ ، ٢٢ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقص ١-١٨-٣٥ ، ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقص ٢-٧٤-١٥ ، ٨ يناير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقص ٤-١٠٩-٤٤) .

وأيدها فيه أكثر الفقه (الملائل وطلد زكي نينة ٢٧٠ و٢٧٢ ، أنور سلطان نينة ١٨٦ ، امام نينة ١٩٨ ، عبد الباقي نينة ٩٩ ، البهراوى نينة ٢٠٩ ، منصور نينة ٧١ ، اسماعيل غانم نينة ٨٩ ، لبيب شبيب نينة ٨١ ص ١١٨) .

١٧١ - أمر لتسجيل عند تزامم المشتريين - يكون التزامهم اما بين عدة مشتريين من بائع واحد ، واما بين عدة مشتريين من بائعين مختلفين .

١٧٢ - (١) التزام المشتريين من بائع واحد - اذا باع المالك عقاره الى مشتر أول ثم باعه ثانية الى مشتر آخر قبل أن يسجل الأول عقده ، فان كلا من المشتريين المذكورين يكون قد اشترى العقار من مالكه لأن البائع لم يفقد الملكية بمجرد البيع الأول بل ظل محتفظاً بها حتى بعد البيع الثاني وطالما لم يسجل أحد المشتريين عقده ، أى أن كلا من العقدين يكون صادر من المالك الحقيقي وصالحاً لنقل ملكية المبيع الى المشتري بموجب مجرد قيام هذا بتسجيله . فأيهما يتم تسجيله أولاً يترتب عليه انتقال الملكية الى صاحبه ، وبذلك يصبح مستجيلاً تنفيذ التزام البائع الناشئ من العقد الآخر الذى لم يسجل ، لأن من انتقلت منه الملكية بالتسجيل الأول يستحيل عليه أن ينقلها مرة أخرى بعد ذلك ولو بتسجيل العقد الآخر . وهكذا يبين أنه فى حالة تزامم عدة مشتريين من بائع واحد مالكا العقار المبيع تكون الأفضلية لمن يسبق منهم غيره فى تسجيل عقده^(١) ، فتنقل اليه الملكية ويستحيل على الآخرين الحصول عليها ، ولا يبقى لهم الا طلب التعويض تطبيقاً لقواعد التنفيذ . قابل . ولا يقع البائع فى هذه الحالة تحت طائلة المادة ٣٣٦ ع ، لأنه وقت أن تصرف بالبيع للمشتري الذى لم يسجل كان لا يزال مالكا الى أن تم تسجيل عقد المشتري الآخر ، ولا يعتبر أنه باع مالا علوكا لغيره^(٢) .

١٧٣ - لا أثر لموئبة من سبق الى تسجيل عقده : (١) فى ظل التقنين

(١) فى هذا الموضع نفس مدنى ٢٧ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام التقنين ١٧ - ٢٤٣ -

٣٢ . وقرب تقنى مدنى ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام التقنين ٦ - ١٥٤ - ٢٠ .

(٢) نفس جئاني ٢٠ فبراير ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ٣ - ٢٠٩ - ١٦٠ ، فبراير

١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢ - ٢٢٥ - ١٧٤ .

(٣) (٢٠ - يبيع) .

الملفوف وقفاً، التمسيل — قد يكون المشتري الذي سبق غيره الى تسجيل عقده حسن النية أى غير عالم ببيع العقار ذاته الى مشترين آخرين لم يسجل أحد منهم عقده ، فلا غبار عليه في هذه الحالة ، ولا مطن على انتقال الملكية اليه بمجرد تسجيل عقده .

أما اذا كان ذلك للمشتري عالماً بسبق صدور تصرف آخر من البائع نفسه في العقار ذاته ، فانه يعتبر سيء النية ، وقد يكون متواطئاً مع البائع على الاضرار بالمنصرف اليه السابق ، فيقتضى الأمر بحث أثر سوء نيته أو تواطئه على تسجيل عقده وانتقال الملكية اليه .

كان التقنين الملغى ينص في المادة ٢٤١/٢٧٠ منه على أن « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه الا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوفة قانوناً وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » . وكان النص الفرنسى لهذه المادة يعبر عن هذا الشرط الأخير بقوله *À l'égard des tiers qui sont de bonne foi*

ومع أن هذا النص كان يتحدث عن أثر علم الغير أو حسن نيته لا عن أثر علم المشتري الذي قام بتسجيل عقده أو حسن نيته ، فالظاهر أن الفقه والقضاء رأياً تطبيقه على هذه الحالة الأخيرة أيضاً ، ولكنهما اختلفا في المقصود منه بحسن النية ، وذهب فريق منهما الى أن التسجيل لا يحتاج به على الغير اذا كان للمشتري الذي سجل عقده عالماً بمحصل تصرف سابق على العقار ذاته^(١) ، وقال آخرون انه لا يمنع المشتري من الاحتجاج بتسجيله على الغير الا أن يكون متواطئاً مع البائع على الاضرار بحقوق هؤلاء الغير^(٢) .

(١) في حذ الملفوف والفون ص ٤٢ ، دى هانس ج ٤ بيج نبذة ١٣٩ * الملل بولند

زكي نبذة ٢٠٦ .

(٢) جرانولان في التأمينات نبذة ٨٨٦ ، حلى عيسى في البيع نبذة ١٧٣٣ ، محمد بن يوسف

في مجلة مصر الممارسة سنة ١٩١٩ ص ٤٠٣ .

وتعد ألفى قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ هذه المادة ، ولكنه فرق بين التصرفات المنشئة لحقوق عينية عقارية والتصرفات المقررة لمثل هذه الحقوق ، ونص في المادة الأولى منه على أن النوع الأول من التصرفات يجب تسجيله حتى يترتب عليه نقل الحقوق المذكورة ، أى أنه جعل التسجيل فيها نافلا للمالك ، ولم يشترط فيمن يسجل عقده أن يكون حسن النية أو غير عالم بسبق حصول تصرف آخر في العقار ذاته ، ونص في المادة الثانية منه على أن التصرفات المقررة لا تكون حجة على الغير إذا لم تسجل أو سجلت ولكن داخلها التدليس .

ترتب على خلو هذه النصوص من اشتراط علم علم من جهل عقده بسبق صدور تصرف آخر في العقار ذاته أن انعقد الاجماع على أن مجرد علم المشتري الذي جهل عقده بسبق صدور تصرف آخر غير مسجل لا يؤثر في تسجيله ولا يمنع انتقال الملكية اليه^(١) .

غير أن اشتراط عدم التدليس في المادة الثانية وعدم اشتراطه في المادة الأولى آثار خلافا على ضرورة هذا الشرط الأخير فيما يتعلق بتسجيل التصرفات المنشئة للحقوق أو عدمه ومنها عقد البيع ، فذهب فريق الى أن هذا الشرط مقصور على التصرفات المقررة ولا يصح ايجابه في تسجيل التصرفات المنشئة ، وبعبارة أخرى الى أن المشتري الذي جهل عقده قبل غيره تنتقل اليه الملكية دون سواء ولو ثبت أنه كان عالما بسبق صدور عقد غيره ومتواطئا مع البائع على الاضرار بذلك الغير^(٢) . وذهب فريق آخر الى عكس ذلك فقررُوا أن ثبوت تواطؤ المشتري الذي سبق الى تسجيل عقده مع البائع على الاضرار بالغير

(١) الهلال ولحد زكي نبذة ٢٧٣ ، كامل مرسى نبذة ١٦٥ .

(٢) استفتاء مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٢٨ المحل ٩ - ٧٥ - ٥٠ ، ١٩ فبراير ١٩٣٠ .
المحكمة ١١ - ٢٥ - ١٤٤٠ هـ ، ١٤ ، نوفمبر ١٩٢٥ المحل ١٦ - ٧٦ - ٢٣٥ .

يترتب عليه بطلان أثر التسجيل وعدم جواز الاحتجاج به على ذلك الغير^(١).

واستدل الفريق الأول على رأيهم بما يأتي :

(١) ان المشرع قصد بقانون التسجيل التمهيد للأخذ بنظام السجل العيني، وهذا يقتضى أن يكون التسجيل بذاته ناقلاً للملكية ومطهر أعيوب العقد المسجل، فلا محل في هذا النظام للبحث عن حسن نية من يجهل عقده أو سوء نيته .

(٢) ان المشرع أذ فرق بين التصرفات المنشئة التي نص عليها في المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ والتصرفات المقررة التي نص عليها في المادة الثانية منه قد اشترط عدم التدليس فيما يتماق بتسجيل الأخيرة ولم يشترطه فيما يتعلق بالأولى ، فدل بذلك على أنه لا يقيم وزناً للتدليس أو عدمه في تسجيل التصرفات المنشئة .

(٣) ان الحاجات العملية وضرورة استقرار الملكية العقارية توجب التحويل على العقد الذى يسجل أولاً بقطع النظر عن حسن نية صاحب المصلحة فيه أو سوءها .

وقد رد الفريق الثانى على ذلك :

(١) بأنه وان كان المشرع قد قصد أن يمهّد بقانون التسجيل لادخال نظام السجل العيني ، فان هذا النظام الانتقالى ما زال يعتبر التسجيل مجرد اجراء غير ناقل للملكية بذاته بل باستناده الى تصرف قانونى صحيح وخالف من العيوب . فيبطل تسجيل العقد الذى ثبتت صوريته أو الذى يحكم بإبطاله لنقص فى الاهلية أو لغلط أو تدليس أو اكراه . وكذلك يبطل التسجيل الذى يكون صاحب المصلحة فيه قد أجراه بسوء نية .

(١) عبد السلام خنن فى النشر والتواطؤ والتدليس فى التسجيل، أنور سلطان ص ٢١٧ و ٢١٨ ، استئناف مصر (الفواتر المجتمة) ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجلد ٢٩ - ٤٦ - ٧١ ،

(٢) وبأن المشرح اذ نص على عدم التدليس في تسجيل التصرفات المقررة دون أن ينص عليه في شأن التصرفات المنشئة لم يقصد بذلك أن يتفاحى عن هذا الشرط فيما يتعلق بهذا النوع الأخير من التصرفات ، لأن هذا الشرط يوجه مبدأ عام من المبادئ الأولية للقانون وهو أن الغش يبطل كل التصرفات *fraus omnia corrumpit* ولا يصح اعتبار مجرد سكوت المشرح عن النص على عدم التدليس في المادة الأولى من قانون التسجيل استبعاداً لهذا المبدأ العام . هذا فوق أنه لا يعقل أن يضع المشرح للتدليس حكمتين مختلفتين فيرتب عليه أثراً في تسجيل التصرفات المقررة ولا يرتب عليه هذا الأثر بالنسبة الى التصرفات المنشئة .

(٣) وبأن تواطؤ المشتري الثاني مع البائع على الاضرار بالمشتري الأول يعتبر عملاً غير مشروع يوجب مسئوليتهما قبل الأخير ويلزمهما بتعويضه عما أصابه من ضرر ، وبأن خير تعويض هو التعويض العيني . وهو في هذه الحالة يكون بإبطال تسجيل المشتري الثاني وتمكين المشتري الأول من تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الذي يصدر لمصلحته .

وبرد الفريق الأول على الحجتين الأولى والثالثة من حجج الفريق الثاني بأن قصد المشرح من وضع النظام الانتقال للتسجيل في سنة ١٩٢٣ واضح في أنه يريد تثبيت الملكية العقارية واستقرارها بصفة نهائية تتخذ أساساً لتطبيق نظام السجل العيني ، فيجب أن يكون تفسير القانون وتطبيقه بما يحقق هذا الهدف . وليس قطعاً عما يحققه اجازة ابطال التسجيل بسبب تواطؤ المشتري الثاني مع البائع . واذا كرن هذا التواطؤ عملاً غير مشروع فيلزم اعتبار التعويض العيني عنه مستجيلاً بحكم القانون والاستعاضة عنه بالتعويض النقدي .

ويردون الحجة الثانية بأن مبدأ أن الغش يبطل التصرفات لم ينص عليه

القانون الوضعي ، وغاية الأمر أنه يعتبر من مبادئ القانون الطبيعي فلا يصح أن يلجأ إليه الا عند وجود نقص أو غيوض في التشريع ، وبأن الأمر ليس كذلك في حالتنا لأن المشرع نص على اشتراط عدم التدليس في المادة الثانية من قانون التسجيل وسكت عن اشتراطه في المادة الأولى منه مما يدل على قصده عدم اشتراط هذا الشرط في هذه المادة . فلا محل بعد ذلك للأخذ بمبدأ من مبادئ القانون الطبيعي يخالف قصد المشرع . وليس في اشتراط المشرع عدم التدليس في إحدى الحالتين وعدم اشتراطه في الأخرى تناقض ، لأن الحالتين مختلفتان وقد وضع المشرع لكل منهما أحكاماً متباينة ليس من حيث اشتراط عدم التدليس لحسب بل من حيث أثر التسجيل في نقل الملكية أيضاً .

وقد رجح رأى الفريق الأول وكانت له الغلبة في الفقه والقضاء وأقرته محكمة النقض في عدة أحكام لها حيث قررت أنه إذا تصرف المتصرف في العقارات له لشخص آخر قبل أن يسجل المتصرف إليه الأول عقده فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً . فإذا بادر الآخر إلى تسجيل عقده قبل تسجيل الأول عقده ، فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول ، ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سيء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة^(١) . وقد اطرد قضاء محكمة العليا على ذلك حتى بعد صدور قانون الشهر العقاري في القضايا التي ظلى يحكمها قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣^(٢) ، ولم تبطل

(١) ١٤ محس ١٤ ديسمبر ١٩٣٥ المحلظة ٩٦ ص ٥٧٠ مجموعة التواضع القانونية ج ١

رقم ٣٨٠ .

(٢) وقد جاء في حكم لها بتاريخ أول ديسمبر ١٩٥٥ أنه « جرى قضاء محكمة النقض على أنه وفقاً للقانون التسجيل رقم ٨ لسنة ١٩٢٣ لما لم يتم تسجيل العقود التي من شأنها

أثر التسجيل إلا لما ثبت أن المقدم للسجل موصى^(١).

١٧٤ - (ب) في ظل قانون الشهر العقارى - هذا في ظل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . أما قانون الشهر العقارى الصادر في سنة ١٩٤٦ فلم يرد به نص على اشتراط عدم التدليس لا فيما يتعلق بالتصرفات المشتقة (المادة ٩) ولا فيما يتعلق بالتصرفات المقررة (المادة ١٠) . وقد بروت المذكورة الايضاحية ذلك بأن المشرع قصد حذف النص على هذا الشرط الذى كان وارداً في المادة الثانية من قانون التسجيل اكتفاء بالقواعد العامة .

ولكن ما هي تلك القواعد العامة التى أشارت اليها هذه المذكرة ؟

يؤخذ من مناقشات اللجنة التى وضعت قانون الشهر العقارى أنها لم تكن متفقة على هذه القواعد . فبينما كان فريق منها يرى أن مبدأ الفسخ يبطل التصرفات هو القاعدة العامة التى يجب تطبيقها في هذه الحالة وبالتالي يجب ابطال كل تسجيل شابه تدليس سواء كان ذلك في التصرفات المقررة

== انشاء حق الملكية أو حق مبنى عقارى آخر ، فان الملكية تظل على ذمة المتصرف . لاذا هو تصرف فيها لنفس آخر يادر الى تسجيل عقده خلصت له الملكية بمجرد هذا التسجيل . ولا محل للتحدى سبق علم المتصرف اليه الأخير يحصل بصرفه البائع لنفس آخر من ذات العار أو سوء نيته أو توامكه مع البائع على حرمان المتصرف اليه الأول من الصفة مادام أن الماط في نقل الملكية هو التسجيل بمجرد « مجموعة أحكام التفضي ٦-١٠٣٦-١٠-٢١ وأظن أيضا في هذا المنى ٣ فبراير ١٩٥٠ مجموعة أحكام التفضي ٦-٥٨١-٧٥-٢ أبريل ١٩٥٨ مجموعة أحكام التفضي ٩-٣٣٠-٦-١٤ فبراير ١٩٥٧ الحاماة ٣٨-١٣٩-١٠٨ راجع ملحق الموجود محمد حمزة فهمى على حكم ٣ يونية ١٩٤٣ في مجموعة القواعد القانونية جزء ٥ ص ٥٥٨ و ١٨٥ فى المامنى .

(١) نفس مدنى ٢ أكتوبر ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢-٤٠٥-١٣٥ ، ٣ يونيه ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ٤-٤٨٣-٦٢ ٦ يونيه ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٥-١٨٨-٦٩ ٣١ ديسمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام التفضي ٥-٣٥٢-٥٤ ١٣ مايو ١٩٥٤ مجموعة أحكام التفضي ٥-٨٥٦-١٢٨ ٧ يونيه ١٩٥٦ مجموعة أحكام التفضي ٥-٧٥٥-٥٧٥

أو في التصرفات المنشئة ، ذهب الفريق الآخر الى أن القواعد العامة المقصودة هي التي سبق أن أقرتها محكمة النقض في ظل قانون التسجيل بشأن التصرفات المنشئة التي لم يكن يوجد بشأنها نص على اشتراط عدم التدليس كالنص الذي كان موجوداً فيما يتعلق بالتصرفات المقررة ، وأن حذف هذا النص الأخير من قانون الشهر العقاري مؤداه استبعاد الحكم الخاص بالتصرفات المقررة وتعميم الحكم الذي كانت تأخذ به محكمة النقض في شأن التصرفات المنشئة فيصبح هذا الحكم هو الواجب التطبيق في جميع الأحوال .

ويؤخذ أيضاً من هذه المناقشات أن الأمر انتهى بترجيح القول بأن ما ذهب اليه محكمة النقض في ظل قانون التسجيل إنما يرجع الى وجود نص على اشتراط عدم التدليس في التصرفات المقررة وعدم وجود نص على مثل ذلك في التصرفات المنشئة . فهو لا يفيد أن ما ذهب اليه المحكمة العليا إنما هو تطبيق للقواعد العامة ، اذ ربما تكون قد ذهبت اليه من طريق الاستنباط بمفهوم المخالفة من نص المادة الثانية من قانون التسجيل . ولذلك استقر رأي اللجنة على حذف النص على اشتراط عدم التدليس في التصرفات المقررة حتى تكون للحاكم حرية تامة في الالتجاء الى القواعد العامة بعيداً عن مثل ذلك النص وعن مفهومه المخالف^(١) .

وبناء على ذلك أصبح من المتعين أن تضرب صفحاً عن قضاء محكمة النقض السابق باعتبار أنه كان يستند الى نص تقرر حذفه وأن نبحت عما يكون عليه الحكم في ظل قانون الشهر العقاري .

وقد اختلف في ذلك أيضاً الفقه والقضاء ، فقال فريق ان علم المشتري

(١) انظر محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملًا من ٣١٢ ، امام مجلة ١٩٧٠ :

الثاني الذي سجل عقده سبق تصرف البائع الى مشتر أول يطل أثر تسجيله ويحول دون انتقال الملكية اليه^(١) (نظرية العلم) ، وقال فريق آخر ان مجرد علم المشتري الثاني بذلك لا يكفي لابطال أثر تسجيله وانه لابد في ذلك من أن يكون المشتري الثاني متواطئاً مع البائع على الاضرار بالمشتري الأول^(٢) (نظرية التواطؤ) ، وذهب فريق ثالث الى أن الممول عليه في انتقال الملكية هو مجرد السبق في التسجيل وأنه لا العلم بالتصرف السابق ولا التواطؤ مع البائع على الاضرار بالتصرف اليه الأول يمكن أن يؤثر أيهما في مفعول التسجيل الذي تم أولاً^(٣) (النظرية المادية) .

وقد استند الرأي الأول الى نص المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري الخاصة بأثر الحكم الذي يصدر في إحدى الدعاوى التي نصت المادة ١٥ على وجوب شهرها وهي الدعاوى التي تقدم ضد محررات تم شهرها والتي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع ، وكذلك دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد . فقد نصت تلك المادة ١٧ على أن يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . — ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما . وقال أنصار هذا الرأي ان من الدعاوى

(١) أنور سلطان نيبة ١٨٣ .

(٢) عبد الباقي نيبة ١٠٥ الى ١٠٧ ، الشهورى في الوسيط ج ٤ نيبة ٢٩٠ .

(٣) امام نيبة ١٧٧ ، البدواى نيبة ٣١٨ و ٢١٩ ، جيل المرلاوى في رسالة نيبة

٥٤ وهامش من ١٥٧ ، وفي البيع طبعة سنة ١٩٦٦ ص ١٩١ نيبة ٥٠٥٠ - مصاد نيبة

٧٢ ، اسماعيل خانم طبعة سنة ١٩٤٨ ص ٢٤١ .

المذكورة دعوى صحة التعاقد ، وهي الدعوى التي يرفضها المشتري بمقد غير مسجل ضد البائع الحصول على حكم بثبوت البيع وتسجيل هذا الحكم ليقوم تسجيله مقام تسجيل عقد البيع كما سيحيى . في بنية ١٩٧٧ . فإذا سجلت هذه الدعوى ونشرت في هامش تسجيلها بالحكم الذي يصدر فيها لصالح المدعى ، فإن هذا التأشير لا يضر بحق مشتر آخر يكون قد سجل عقده بحسن نية قبل تسجيل صحيفة هذه الدعوى . أما إذا كان ذلك المشتري الذي سبق الى تسجيل عقده من النية ، فيسرى في حقه الحكم الذي يصدر في الدعوى بالرغم من أسبقية حقه على تسجيل صحيفتها . وقالوا أيضاً أنه لا يشترط لاعتبار المشتري الذي يادر الى تسجيل عقده من النية أن يكون مدلسا متواطئاً مع البائع للاضرار بحق المشتري الآخر ، بل يكفي أن يكون عالماً بالتصرف الذي صدر للآخر ، لأن العلم البسيط هو المعيار الذي يتفق وطبيعة جميع الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ ، ولا يمكن أن يتغير هذا المعيار من دعوى الى أخرى فضلاً عن أن واضعي مشروع القانون كانوا قد وضعوا في المادة ١٧ المذكورة فقرة ثالثة عرفوا فيها حسن نية الغير بأنه عدم علمه أو عدم استطاعته العلم بالسبب الذي تستند اليه الدعوى ، وإذا كان هذا النص لم يرد في القوانين ، فإنه يكشف عن قصد المشرع في هذا الشأن (١) .

أما الرأي الثاني فيستند الى رغبة المشرع الواضحة من الأعمال التحضيرية لقانون الشهر العقاري في ترك الأمر للقواعد العامة ، ويقول ان هذه القواعد لا تعتبر بمجرد علم المشتري الذي سجل عقده بسبق حصول التصرف الى شخص آخر لم يسجل عقده مانعاً من تمسكه بتسجيله ومن انتقال الملكية اليه ، وإنما تعتبر توافر النش أو التواطؤ مانعاً من ذلك .

(١) من هذا الرأي الدكتور أنور سلطان في بنية ١٩٥٧ .

ويرد أصحاب هذا الرأي حجة الرأي السابق المستمدة من المادة ١٧ فقرة ثانية المذكورة بأن حسن النية المشار اليه في هذا النص يقتصر على الدعاوى التي يكون الغرض منها العطف في التصرف وجوداً أو صحة أو نكلاً كدعاوى البطلان أو القسح ، ولا يتصور أن يكون المشرع قد قصد بالنسبة الى دعوى صحة التعاقد . ويستدل على ذلك بأن المشرع كان قد وضع لحسن النية تعريفاً في فقرة ثالثة من المادة ١٧ اعتبر فيه حسن النية متوافراً بمجرد عدم العلم ثم حذف هذا التعريف ، فدل بذلك على قصد المغايرة في معنى حسن النية بالنسبة الى كل من الدعاوى المذكورة وفق ما تقتضيه ظروف كل منها ، فيكون المقصود بالنسبة الى دعاوى البطلان والقسح هو عدم العلم بالسبب الذي تستند اليه الدعوى ، وبالنسبة الى دعوى صحة التعاقد هو عدم الغش . ويكون هذا المعنى الأخير تطبيقاً للقواعد العامة . أما الاكتفاء في الدعاوى الأخرى المشار اليها بمجرد العلم فهو استثناء تقتضيه طبيعة تلك الدعاوى^(١) .

وقد ذهبنا نحن مذهباً ثالثاً أقررنا فيه رأى محكمة النقض الذي سارت عليه في ظل قانون التسجيل استناداً الى الحجج ذاتها التي استندت اليه المحكمة العليا اذ ذلك . فرأينا أن قانون الشهر العقاري لم يغير من الأمر شيئاً ، وأنه لا يشترط — حتى بعد صدوره — فيمن يتمسك بتسجيل عقده أن يكون حسن النية ، فيستوى أن يكون هذا عالماً بسبق التصرف الى غيره أو غير عالم ، وأن يكون متواطئاً مع البائع أو غير متواطئ^(٢) . وقد أخذ بذلك

(١) عبد الباقي في عقد الإيجار نبذة ٨٥ -

(٢) أنظر كتابنا في شرح عقد الإيجار سنة ١٩٥٤ حاشي من ٢٠٥ و ٢٠٦ وطبعة سنة ١٩٦٨ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ وقد دفعتنا الحجة المستمدة من نص المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقاري التي استند اليها الرأيان السابقان . فقلنا اننا لسلم مع الرأى الأول بأن حسن النية الذي اشترطه هذه المادة إنما قصده أن يكون الغير لم يعلم ولم يتواطئ أن =

يُعلم بالسبب الذي تستند إليه الدعوى التي تم شهرها فيها بعد ، ولا تملك عايد هذا إلى الرأي الثاني من أن حسن النية يختلف متناه بالنسبة إلى كل دعوى عنه بالنسبة إلى غيرها ، ولست نعتبر أن اشتراط المادة ١٧ حسن نية الغير مقصور على حالة الأحكام التي تصدر في دعاوى الطعن على تصرفات مسجلة والتي يترتب عليها وفقاً لقواعد العامة نسخ أو جلال أو التنازل تلك التصرفات بأثر رجعي ، لأن من وقت رفع هذه الدعاوى أو تسجيلها أو التأشير بها بحسب ، بل من وقت حصول التصرفات المعلنون فيها ، وأنه لم يقصد به كما يتبادر إلى الذهن تحرير أثر استثنائي لهذه الأحكام بل بالعكس من ذلك قصد به الحد من أثر الرجعي الطبيعي بالنسبة إلى الغير الذي كسب من المتصرف إليه بالنقد المسجل المعلنون فيه حقاً قبل التأشير بذلك الدعاوى أو تسجيلها ، وكان طبيعياً أن يفترض المصراع لتسليط هذا الأثر الرجعي لمصلحة ذلك الغير أن يكون الأخير حسن النية حتى يكون جديراً بهذه الرتبة الاستثنائية ، وبذلك يكون حسن النية ليس مشروطاً لصحة التسجيل بوجه عام بل مشروطاً فقط لحد من أثر الرجعي للنسخ أو الجلال وما شابههما .

وإذا كانت المادة ١٧ قد ذكرت أيضاً دعاوى الاستقطاع ودعاوى صحة التعاقد ، فإن تعميم الفقرة الثانية منها بحيث يشمل حكمها هذه الدعاوى أيضاً كان تزييداً لا مجرداً بل نتجت أنه جاوز قصد المصراع ، ذلك أن الصورة التي يطبق عليها هذا الحكم متناسبة دعوى الاستقطاع التي يوجد فيها قبل رفع هذه الدعوى مقر من غير مالك سجل عقده . فإذا حكم فيها لمدعي الاستقطاع أن يكون له وفقاً لقواعد العامة أن يسترد الملكية من المشتري الذي سجل عقده . غير أن نص المادة ١٧قرة ثانية من شأنه أن يحمي هذا الأخير إذا كان حسن النية ضد من حكم له بالاستقطاع ولو لم يكن المشتري المذكور قد حلز الفار خمس سنوات بحيث يجوز له أن يملكه بالتقادم الخمسي . فهل قصد المصراع بتعميم نص المادة ١٧ فقرة ثانية هذه النتيجة التي تهدر شروط التقادم المكسب الصغير ؟ وفي حالة الإيجاب ماذا يكون سبب ملكية المشتري مد أن يتفق أن يكون هو القصد لصنوع عقده من غير مالك وأن يكون هو التقادم المكسب لاسدام الحيازة ؟ لا يبقى إلا أن يكون سبب كسب الملكية هو نص المادة ١٧ ذاته ، ومن الجلي أن المصراع لم يقصد بهما النص أن يكون سبباً خاصاً لكسب الملكية . وإذا كان يكون تعميم هذا النص قد جاوز قصد المصراع .

والأمر كذلك أيضاً فيما يتعلق بدعاوى صحة التعاقد . فإن تطبيق النص المذكور عليها يفترض أن المشتري الثاني سجل عقده قبل المشتري الأول ، وأن هذا رفع بدال لتسجيل دعوى صحة التعاقد وقاذه وحصل على حكم بذلك ، وأنه يملك بهذا الحكم ضد المشتري الذي سجل عقده قبل رفع الدعوى لجرد ثبوت سوء نية هذا المشتري . وهذا الفرض لاجل له لاستحالة تحققة قانوناً ، ذلك أن دعوى صحة التعاقد وقاذه يراد بها (كما سيجي) في تبذة ١٧٦ وما بعدها) الحصول على تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية تنفيذاً عينياً جبرياً ، وأن التنفيذ العيني لا يجوز الحكم به إلا إذا كان لا يزال ممكناً ، وأن الفرض في هذه الصورة أن تسجيل عقد

أيضاً بعض الزملاء^(١).

أما محكمة النقض فقد أبت أن تقيم لنظرية العلم وزناً إذ قررت في حكمها بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٥٣ أن «الملكية لا تنتقل من البائع الى المشتري الا بتسجيل عقد شرائه وفقاً لنص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ولا يحول دون نقل الملكية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشتري عالماً

==المشتري الثاني قد نقل الى الأخير ملكية المبيع وجرى البائع منها ، فصار وقاه هذا بالتزامه نحو المشتري الأول وقاه عينيا غير ممكن ، الأمر الذي يجمع معه الحكم في دعوى صحة التعاقد وفادته بالتعويض العيني الجبري ، وحينئذٍ من أن يقتصر الحكم فيها على إثبات الإخلال به والحكم بالتعويض بمقابل أي بالتعويض فلا يكون ثمة محل عمل لأن يتسكك المشتري الأول بحكم يصدر له في دعوى صحة تعاقد ضد المشتري الثاني الذي سبق الى تسجيل عقده ولو كان هذا المشتري الثاني سىء النية .

وبما يؤيد ذلك أن المادة ١٧قرة ثانية من قانون العهر العقاري كانت تعالجها في قانون التسجيل المادة ١٢قرة ثانية التي كانت تنص على أن «تبقى حقوق الغير المسكنة قبل التسجيل لو التأشير المشار اليهما خاصة للتصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها» وبين من المذكرة الايضاحية لهذا القانون أن اللجنة التي وضعتته قصدت بهذا النص الاحالة على التصوص والمبادئ التي تحكم كل حالة على حدة حتى تتفادى هي بحث ما ينشأ عن نسخ أو بطلان العقود بالنسبة الى الغير في كل حالة على حدة وبخاصة في الحالات التي وحدثت فيها تصوص خاصة لحماية الدائنين المرتهنين من الأثر الرجعي لمسح سند ملكية الراهن أو بطلانه . والظاهر أن هذه الحالات هي التي كانت ماثلة في ذهن واضعي قانون العهر العقاري عندما نص المادة ١٧قرة ثانية الذي اشترطوا به أن يكون الغير الذي كسب حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى النسخ أو البطلان أو غير ذلك من الدعاوى التي ذكرتها المادة ١٥ حسن النية ، اذ رأوا من الأنسب - كما هو المذكرة الايضاحية للقانون العهر العقاري - أن يتضمن النص الجديد قاعدة عامة تدين مدى حجية شهر هذه الدعاوى على الغير الذي كسب حقه قبل شهرها وأن مدى هذه الحجية هو حسن نية الغير (أظن في ذلك كذايتا في شرح عقد الإيجار سنة ١٩٥٤ هامش ص ٢٠٥ و ص ٢٠٦ وسنة ١٩٦٨ ص ٢٤٧ و ٢٤٨ وانظر أيضاً ما - يبيح - في نبرة ٢١٥) .

(١) أظن محمد علي عرفه في أسباب كسب الملكية سنة ١٩٥٥ ص ٢٥٥ نبرة ١٩٤ ، البدر اوى سنة ١٩٥٦ ص ٣٥٥ نبرة ٢٠٣ ، ص ٣٤٥ نبرة ٢١٩ ، منصور مصطفى منصور سنة ١٩٥٧ نبرة ٧٢ ص ١٢٥ ، البدر اوى في عقد البيع ص ٣٠٤ نبرة ٢٠٣ و ص ٣٣٩ نبرة ٣١٩ .

بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده (١)

وقد رفضت محكمة العليا التفسير الذي يذهب إليه الرأي الثاني (نظرية التواطؤ) لمعنى حسن النية في المادة ١٧ فقرة ثانية حيث قررت في حكم آخر بتاريخ ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ أن « للغير سيء النية في معنى المادة المذكورة هو الذي كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بمعيب يعلله أو بما يوجب فسخه . أما من تعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية فلا يعتبر سيء النية في معنى المادة المذكورة لأنه لا يكون في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقد معمه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده ، ذلك أنه وفقاً للبادة ٩ من القانون المشار إليه يجب شهر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية القارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وبترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الآثار سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن . فمن تعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح اهدار أثر سبق تسجيل عقده أو عرضة دعواه استناداً إلى المادة ١٧ فقرة ثانية من القانون المذكور (٢) » .

(١) المجلد ٣٥ - ١٠٩٣ - ٤٧٥ مجموعة أحكام التمس ٥ - ٣٠٧ - ٥٥٤ . انظر أيضاً نفس مدني ٤ ملوس ١٩٥٤ المجلد ٣٥ - ١١٣٦ - ٥١٧ مجموعة أحكام التمس ٥ - ٥٧٢ - ٩١ وقد جاء فيه أنه من غير المنتج ما يتصل به الطاعن من سوء نية المpton عليه بمقولة أنه كان يعلم وقت شرائه أن البائع إليه كان قد تصرف إلى الطاعن في كل أو بعض الأبطال المبيعة ، ذلك أنه لا مبرة في هذا الخصوص بهذا العلم متى كان مقد المشتري الأول لم يسجل وبالتالي لم تنتقل به الملكية من البائع . وأيضاً ١٣ مايو ١٩٥٤ مجموعة أحكام التمس ٥ - ٨٥٦ - ١٢٨ .

(٢) المجلد ٣٥ - ١١٦٩ - ٥٤١ مجموعة أحكام التمس ٥ - ٨٥٦ - ١٢٨ .

وقد سبق أن لاحظنا أن رفض محكمة النقض للتفسير الذى تقول به نظرية التواطؤ لنص المادة ١٧قرة ثانية لا يقطع بأن المحكمة ترفض نظرية التواطؤ فى ذاتها، لما تقدم من أن هذه النظرية لا تقوم على هذا التفسير وحده بل تقوم أيضاً على المبدأ القائل بأن الشئ يبطل التصرفات ، وأنه اذا كانت المحكمة قد بذت بهذا الحكم أول الأساسين اللذين تستند اليهما هذه النظرية فانها لم تقل فيه شيئاً فى شأن الأساس الثانى ولم تنف احتمال ابطال أثر التسجيل بسبب حدوث توافق بين المشتري الذى سجل عقده والبايع اليه كما كانت تصرح بذلك فى ظل قانون التسجيل . وقلنا انا نعتقد أن سكوتها عن ذلك لا يرجع الا الى أن الفصل فى القضية التى قررت فيها هذا المبدأ لم يكن يحتاج الى التعرض لانعدام أثر التواطؤ، وأنه متى عرضت عليها قضية أخرى تحتاج الى ذلك فلن تتردد فى السير على قضائها السابق على قانون الشهر العقارى وفى تقرير انعدام أثر التواطؤ على تسجيل العقد الصادر من مالك . وقد تحقق ماتوقعنا ، فقضت محكمة النقض فى ٢ أبريل ١٩٥٨ بأنه متى كان المشتري الثانى قد سجل عقد شرائه وطمأن المشتري السابق الذى لم يسجل عقده بصدور العقد الثانى المسجل بطريق التواطؤ رغبة من البايع فى الرجوع عن البيع له تأسيساً على أن المشتري الثانى قد وقع كشاهد على عقده هو فأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الذى يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فان ذلك لا يعيب الحكم بالقصور، ذلك لأن توقيع المشتري الثانى كشاهد على العقد الذى لم يسجل لا يعتبر اقراراً منه بانتقال ملكية المبيع الى من صدر له ذلك العقد ، وان صح هذا التوقيع دليلاً على علم صاحبه بسبق التصرف الى الغير فانه لا يحول دون كسبه ملكية المبيع بعد ذلك بمقتضى عقده الذى يادر

== يلاحظ أن هذا الحكم يؤيد خافضتنا اليه من أن المادة ١٧قرة ثانية لا تطبق - بالرغم من عموميتها - على المشتري الثانى الذى يسجل عقده قبل أن يسجل المشتري الأول عقده أو عريضة دعواه .

الى تسجيله فصح سنداً لنقل الملكية اليه ولو كان في ذلك متواطئاً مع بائعه^(١).

١٧٥ - (٢) نزاع المشتري من بائعين مختلفين وبخاصة المشتري من

المورث والمشتري من الوارث - تقدم أنه اذا نزاع المشترون من بائع واحد مالك المبيع كانت الأفضلية لمن سبق منهم الى تسجيل عقده . أما اذا نزاع المشترون من بائعين مختلفين فلا محل للمفاضلة بينهم على أساس السبق في التسجيل ، لأن تسجيل العقد الصادر من غير المالك لا يكفي لنقل الملكية ،

(١) غش مدني ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ بمجموعة أحكام الغش ٩ - ٢٣٠ - ٣٦/ب وقالت أيضاً في حكم حديث لها أن المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤/١٩٤٦ تنص على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة لحقوق البنية العقارية الأصلية وربت على عدم الشهر إلا نطقاً هذه الحقوق ولا تنقل ولا تنير ولا تزول لا ين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيره . واذ جاء هذا النص - أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ الهائل له - خلوا ما يميز ابطال الشهر اذا شابه تدليس أو تواطؤ ، فإن مفاد ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة الغش - هو اجراء المفاضلة عند نزاع المشتري في شأن عقار واحد على أساس الأسبقية في الشهر ولو نسب الى المشتري الذي يادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيق لا يقو ب سند ملكيته عيب يطله . ولا ينير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية في تديم طلبه لجبة الشهر اذ أن مجرد الأسبقية في تديم الطلب لاتزال من الآثار القانونية المترتبة لاحاب التسجيل السابق ، ولا ينير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذي أجراه بمصلحة الشهر العقاري عدم مراعاته للواعد والاجراءات التي تخضع بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقاري ، ذلك أن ما تنطه هذا النص لا يبدو أن يكون تمييزاً لقواعد الادارية المحددة للاجراءات والواعد الواجب على مأمورية الشهر العقاري اتباعها عند بحث الطلبات أو معروضات المبررات المقدمة لشهر بشأن عقار واحد ، واذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته ، فإن الأفضلية تكون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق ، وليس لاحاب الطلب السابق ان صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التحويل بوجهه الى موظف الشهر العقاري ومن موطاً به اذا كان لطلبه محل (غش مدني ١٥ فبراير ١٩٦٦ بمجموعة أحكام الغش ١٧ - ٢٩٥ - ٣٩) .

بل لا بد في نقل الملكية بالتسجيل من أن يكون العقد المسجل صادراً من مالك. واذن تكون الأفضلية في الفرض الذي نعالجه هنا لا على أساس سبق في التسجيل بل على أساس تلقى الحق من مالكه. فإذا سجل العقد الصادر من غير المالك وسجل العقد الصادر من المالك كان المشتري بهذا العقد الأخير مفضلاً ولو كان تسجيل عقده متأخراً، بل أنه يفضل ولو لم يسجل عقده أصلاً ويجوز له تسجيله في أى وقت طالما أن البائع إليه لم ينقل ملكية المبيع ذاته الى شخص آخر بعقد مسجل.

وقد أثار تطبيق ذلك على المفاضلة بين عقد صادر من المورث وآخر صادر من الوارث صعوبة في العمل. أتمجرى المفاضلة بينهما على اعتبار أن الوارث مكمل شخصية المورث وأن العقدين كأنهما صادران من بائع واحد مالك المبيع فتكون الأفضلية بينهما للأسبق تسجيلاً؟ أم تجرى على اعتبار أن شخصية الوارث لا شأن لها بشخصية المورث وأن العقدين صادران من بائعين مختلفين فيكون المعول عليه في التفضيل بينهما على تعرف أى البائعين هو المالك، فيفضل العقد الصادر منه؟ قضت محكمة النقض في هذه المسألة بأن استبعدت الحل الأول واعتمدت الثاني وأطرد قضاؤها على أن المعول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث، ولذلك فلا محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين وتكون العبارة بتعرف المالك الحقيقي اذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح^(١).

ولكن يبقى بعد ذلك معرفة أى العقدين — العقد الصادر من المورث أو العقد الصادر من الوارث — يعتبر هو الصادر من المالك.

(١) نقل مدنى ٣ ديسمبر ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٤، وأيضاً ٢٨ يونيو ١٩٥٦ مجموعة أحكام المجلس ٧-٤٩٤-١١١ الحاماة ٢٧-٨٢٦-٣٦٤.

(٢١٠ - بيج)

ولاشك في أن العقد الصادر من المورث عقد صادر من مالك ، ولكن
الفرض أنه لم يسجل فلم ينقل الملكية الى المتصرف اليه بل بقيت الملكية
للمورث حتى وفاته .

أفتعتبر العقد الصادر من الوارث في هذه الحالة صادراً من مالك أيضاً أم
يعتبر صادراً من غير مالك ؟ ان كانت الأخيرة كان العقد الصادر من المورث
مفضلاً ولو لم يسجل ، وان كانت الأولى كانت المفاضلة بين العقدين بالأسبقية
في التسجيل .

وقد كان يمكن عملاً بالقاعدة الشرعية لا تركه الا بعد سداد الديون اعتبار
أموال المورث باقية على حكم ملكه حتى تتم تصفية التركة بسداد ديونها
ومنها التزام المورث بنقل ملكية العقار المبيع الى المتصرف اليه ، فيكون
العقد الصادر من الوارث قبل ذلك صادراً من غير مالك ولا تجوز المفاضلة
بينه وبين العقد الصادر من المورث على أساس الأسبقية في التسجيل بل يفضل
العقد الصادر من المورث ولو لم يكن قد سجل أو كان قد سجل بعد تسجيل
العقد الصادر من الوارث ، وذلك لصدور الأول من المالك الحقيقي . وظاهر
أن هذا التكييف أصح للمشتري من المورث من التكييف الذي يذهب الى أن
أموال المورث - بما فيها ملكية العقار المبيع بعقد غير مسجل - تؤول من وقت
موته الى ورثته لأن هذا التكييف الأخير يضعف مركز المشتري من المورث
بتفضيل المشتري من الوارث عليه ويقصر حقه على المطالبة بتعويض قد يحصل
عليه بعد اجراءات كثيرة تقتضيه جهداً كبيراً ووقتها طويلاً وقد لا يحصل عليه .

ومع ذلك فقد رجح في الفقه والقضاء الرأي القائل بأن أموال المورث
بما فيها ملكية العقار المبيع بعقد غير مسجل تؤول الى الوارث ويكون العقد
الصادر من الأخير صادراً من مالك ولا يكون للمشتري من المورث بعقد
غير مسجل سوى حق شخصي يداين به التركة ، فإذا استحال تنفيذه عيناً

بسبب تسجيل عقد صادر من الوارث لم يبق للمشتري من المورث سوى مطالبة التركة والوارث الذي آلت اليه بالتعويض^(١) .

وواضح أن هذا الرأي الذي رجح من شأنه أن يضر بحقوق المشتري من المورث بالرغم من أن هذا الأخير مشتر من مالك لم يتصرف الي غيره في العقار الذي باعه اليه وليس من العدالة في شيء أن يضار هذا المشتري يبيع

(١) أغلضت مدني أول يولي ١٩٥٠ بمجموعة أحكام التفسير ١ - ٥٦٩ - ١٤١ وقد جاء فيه أن البيع الصادر من المورث لا ينقل ملكية المبيع الي المشتري منه الا بالتسجيل . فإذا لم يسجل هذا المشتري عقده ، يبق الفاعل على ملكه البائع وانتقل الي وريثه من بعده بالارث . وإذا تم باعوه وسجل عقده منهم عقد شرائه انتقلت اليه ملكيته لأنه يكون قد قلعه من مالكين وسجل عقده وفقاً لقانون ، وبذا تكون له الأفضلية على المشتري من المورث الذي لم يسجل عقد شرائه .

وفي هذا المعنى أيضاً قضت مدني ٥ فبراير ١٩٥٣ بمجموعة أحكام التفسير ٤ - ٤٦٧ - ٦٧ ، وكذلك قضت مدني ٤ يولي ١٩٥٣ بمجموعة أحكام التفسير ٤ - ١١١٣ - ١٧٦ وقد أضاف هذان الحسكان الي ماقرره الحكم السابق قولها :

أما الاحتجاج بقاعدة ألا تركة الا سداد الديون وأن شخص الوارث يباير شخص مورثه ، فلا محل لاجراء حكم التفاضل بين اليمين على اعتبار أنها صادرة من متصرف واحد في حين أنهم صادرون من شخصين مختلفين ، هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل وفقاً للمادة الأولى من القانون ١٨/١٩٢٣ الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى والتي من مقتضاها ألا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين الا بالتسجيل ، وأن ليس للمشتري بمقد غير مسجل الا حقوق شخصية قبل البائع له . فكما أن البائع بمقد غير مسجل يستطيع أن يبيع مرة ثانية لمشتري آخر تنتقل اليه الملكية بتسجيل عقده ، فكذلك الوارث الذي حل محل مورثه فيما كان له من حقوق وما عليه من التزامات و حدود التركة يملك أن يصرف في الدين التي يتلقاها بالميراث عن مورثه لمشتري آخر اذا لم يسجل المشتري من مورثه عقد شرائه ، وتنتقل الملكية الي هذا المشتري الآخر بالتسجيل لبغاتها حكما على ملك المورث . أما كون صرف الوارث نافذا او غير نافذ في حق دائي التركة فهو بحث آخر ، ويظل حق الدائين قائما في المعلن في هذا التصرف بما يغولهم القانون من حقوق في هذا الخصوص ، كما يبقى لهم حق تتبع أعيان التركة استيفاء لديونهم وفقاً لأحكام الفريضة النراء الواجب تطبيقها في هذا الخصوص عملاً بالمادة ٥٤ مدني قديم .

وفي هذا المعنى السهوي في الوسيط ج ٤ ص ٤٨٣ ، أنور سلطان بنية ١٨٤ ، امام بنية ١٧٠ و ١٦٦ ، هيدراوى بنية ٢٢١ و ٢٢٢ ، منصور بنية ٧٣ ، جيل المرطوى ص ١٩٢ ، لبيب شنب ص ١٤٢ .

يصدر بعد ذلك من شخسر آخر غير المالك الذى باع اليه والذي مات مصراً على هذا البيع ودون أن يتصرف فى المبيع الى غيره .

لذلك كان لا بد أن يعالج المشرع هذه الحالة . وقد عالجها فعلاً بما أورده فى شأنها من أحكام فى المادتين ١٣ و ١٤ من قانون الشهر العقارى خاصة بشهر حق الارث تلتخص فى منع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من أموال التركة قبل أن يشهر الوارث حقه فى الارث وتتاح لدائنى المورث - ومنهم المتصرف اليه منه بعقد غير مسجل - أن يؤثروا بحقوقهم فى هامش تسجيل حق الارث ، فيحاط المتعاملون مع الوارث علماً بذلك ، فتكون التصرفات الصادرة اليهم بعد تسجيل حق الارث وتأشير الدائنين بحقوقهم غير نافذة فى حق هؤلاء الدائنين ^(١) .

وقد قدر المشرع أن الدائنين ربما لا يصلهم نأ شهر حق الارث فى حينه فيبادر الوارث بعشره الى التصرف الى الغير ويبادر هذا الى تسجيل عقده قبل أن يتنبه دائن المورث أو المشتري منه بعقد غير مسجل الى وجوب التأشير بحقه فى هامش شهر حق الارث ، فأعطى دائنى المورث مهلة مدها سنة اذا أشرأ بحقوقهم فى خلالها كان لهم أن يحتجوا بها على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً

(١) تنص المادة ١٣ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب شهر حق الارث بتسجيل شهادات الوثيقة الصرية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المتجة لحق الارث مع قوائم جرد التركة اذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم ، والى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق . - ويجوز أن يقصر شهر حق الارث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يقصر هذا الجزء وحسب يبنى على أساسها تصرفات الوثقة » .

وتنص المادة ١٤ على أنه « يجب التأشير بالمهررات المتجة لدائنى من الديون المادية على المورث فى هامش تسجيل الشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتصلة بها . - ويحج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك اذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار اليه ، فللمدائن أن يحج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بعشره قبل هذا التأشير » .

وقام بنهره قبل هذا التأشير (المادة ١٤). أما إذا تأخروا في التأشير بحقوقهم أكثر من مدة السنة المذكورة فأنهم لا يحتجون بهذه الحقوق على من سبقهم في شهر حقه ويحتجون بها فقط على من شهر حقه بعدهم .

وبذلك أيد المشرع قضاء محكمة النقض الذي ثبتت عليه منذ حكمها الصادر في ٣ ديسمبر ١٩٣١ سالف الذكر باعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ، واعتبر الوارث مالكا لجميع أعيان المورث ، وجعل المفاضلة بين التصرفات الصادرة من المورث والتصرفات الصادرة من الوارث بالأسبقية في الشهر باعتبار أن كلا من تصرف المورث ومن تصرف الوارث صادر من مالك ، ولكنه حد من أثر ذلك بأن قلل من فرص التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث ، إذ منع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حقه في الارث ، وخول المتعاملين مع المورث وسيلة يتقدمون بها على المتعاملين مع الوارث وهي المبادرة الى التأشير بحقوقهم في هامش شهر حق الارث . فإذا تم لهم ذلك فضلوا على جميع المتعاملين مع الوارث ، وإذا تأخروا فيه الى بعد سنة من تاريخ شهر حق الارث فضل عليهم من سبقهم الى شهر حقه من المتعاملين مع الوارث وفضلوا هم على من سبقوه في ذلك .

وقصارى القول ان المشرع اعتبر البيع الصادر من الوارث في عقار سبق أن باعه المورث بعقد غير مسجل يما صادرا من مالك ، شأنه في ذلك شأن البيع الذي سبق صدوره من المورث ، وتكون المفاضلة بين العقدين بالسبق في التسجيل ، على أن يكون لتأشير المشتري من المورث بحقه في هامش تسجيل شهادة توريث الوارث في خلال سنة من تسجيلها أثر رجعي بالنسبة لتسجيل العقد الصادر من المورث بحيث يعتبر هذا التسجيل كأنه تم قبل شهر حق الارث وبالتالي قبل انتقال الملكية الى الوارث ، فيكون مفضلا على العقد الصادر من الوارث إذ يعتبر هذا العقد الأخير بسبب ذلك الأثر الرجعي صادرا من غير مالك ، أي أن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث

إذا سجل عقده قبل تسجيل عقد الأخير أو سجله بعده ولكنه أشر بحقه في هامش تسجيل حق الارث في خلال سنة من هذا التسجيل الأخير^(١).

١٧٦- (ثانياً) التنفيذ العيني الجبرى لالتزام بنقل ملكية عقار -
تقدم أن قانون التسجيل ، ومن بعده قانون الشهر العقارى ، قد جعل الالتزام بنقل ملكية عقار لا يتم تنفيذه الا بتسجيل التصرف المنشئ لهذا الالتزام، وأن التسجيل صار وفقاً لهذين القانونين يقتضى معاونة البائع للمشتري فى بعض الاجراءات اللازمة ، وأهمها جميعاً توقيع عقد على ورق من نوع خاص أمام موثق أو موظف مختص بالتصديق على الامضاءات وذلك بعد اعتماد مشروع العقد من مصلحة المساحة وتأشيرها عليه بصلاحيته للشهر. كما تقدم أنه إذا قام البائع بهذه الاجراءات باختياره يرمت ذمته من التزامه بنقل الملكية وانتقلت الملكية فعلاً الى المشتري بمجرد تسجيل عقده .

أما إذا تأخر البائع فى القيام بما يجب عليه من اجراءات فى هذا الشأن ، وبخاصة إذا امتنع عن توقيع المحرر الصالح للشهر أمام موظف مختص ، كان للمشتري وفقاً للقواعد العامة أن يلجأ الى التنفيذ العيني الجبرى طالما بقى ذلك ممكناً ، والا فانه لا يكون له الا طلب التنفيذ بمقابل .

ومن البدهى أن المشتري لا يجوز له أن يطلب من المحكمة جبر البائع على التنفيذ العيني باكراهه على توقيع المحرر الصالح للشهر ، لأن فى ذلك حرجاً على حرية المدين ، ولكن ليس مؤدى ذلك استحالة التنفيذ العيني الجبرى بل ان المشتري يستطيع الوصول الى هذا التنفيذ بالاستعاضة عن توقيع البائع أمام الموظف المختص بحكم يصدر من المحكمة بثبوت التعاقد ، لأن حكمة اشتراط المشرع التصديق على امضاءات المتعاقدين من موظف مختص

(١) فى هذا المعنى السهورى فى الوسيط ج ٤ بنذ ٢٧١ من ٤٨٣ وما بعدها ، أنور

يمكن أن تتحقق بحضور المتعاقدين أمام المحكمة المختصة وقيام الدليل أمامها على حصول التعاقد فعلا . وقد جرت المحاكم في ظل قانون التسجيل على اعتبار الحكم الذي يصدر منها يقوم مقام العقد المصدق على توقيعه ، ويجوز تسجيله بدلا من تسجيل ذلك العقد^(١) ، فننتقل بذلك ملكية المقار محل التعاقد^(٢) . وقد وصلت المحاكم الى هذا الحق عن طريق تطبيق المبادئ العامة . ورأى واضعو القانون الحالي أن ينصوا عليه صراحة ، فقررروا في المادة ٢١٠ منه أنه « في الالتزام بعمل ، يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .

١٧٧ - دعوى صحة التعاقد وشروطها الأساسية - شاع بعد صدور قانون التسجيل استعمال هذه الدعوى التي يهدف بها المشتري الى الحصول

(١) ويلاحظ ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٢٢ من قانون المهر حيث أوجبت أن يقر كل طلب شهر بالأوراق المؤيدة لبيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم والبيانات الخاصة بالتكليف والبيانات الخاصة بأصل الملكية . ونهضت تمليات المهر العقاري بوجوب بحث أصل ملكية المتصرف وتكليفه عند تقديم أحكام صحة التعاقد للتسجيل — كما هي الحال في تسجيل العقود — بتقديم المستندات التي تؤيد ذلك . وإذا تمذر على المحكوم لصالحه تقديم المستندات المثبتة لأصل الملكية نظر لوجودها في حوزة الصادر ضد المحكم ، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بسؤال المالك السابقين والجاورين ورجال الحكومة وأصحاب التكليف المدرج به الفارم يعمل إقرار بنتيجة هذا التحقيق يمرر على ورق التسجيل المدموغ ويوضح به أصل الملكية على أن يوقع الإقرار من الصادر لصالحه المحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله . وبغض هذا الإقرار من تدمير السند المثبت لأصل الملكية فقط ، ولكنه لا يفي عن تدمير التوكيلات والإعلانات الرسمية وشهادات الوفاة الرسمية والإدارية وقرارات محاكم الأحوال الشخصية والمهرات السابق شهرها (المرجع في أحكام المهر والتوثيق للأستاذين عبد المنعم سعد وفؤاد غالي مر ٤٩٧) .

(٢) في هذا المعنى قضت مدني ٢٢ ديسمبر ١٩٣٢ بمجموعة القواعد القانونية ١ - ١٥٤ - ٨٣ ، ١٩ ابريل ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٧ - ٧٣٤ - ١١٧ وبغض تسجيل الحكم اذا تضمن جميع البيانات الخاصة بتحديد الغلر المبيع وشروط التعاقد عن تسجيل العقد غير المصدق على توقيعه ، ولا يحتاج الأمر الى تسجيل ذلك العقد باعتباره من ملحقات الحكم الا اذا لم يتضمن الحكم جميع البيانات المذكورة واكتفى بالإحالة على العقد في شأنها . في هذا المعنى الشهوري في الوسيط ج ٤ ص ٤٩٠ هامش ٢ .

على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد الصالح للشهر والمصدق على توقيعه
ودرج المتقاضون على تسميتها دعوى صحة التعاقد ، وكثيراً ما تسمى دعوى
صحة ونفاذ العقد . غير أن التكييف الصحيح لها هي أنها دعوى ثبوت البيع
action en constatation de la vente أو دعوى تنفيذ البيع action en
exécution de la vente (وبخاصة فيما يتعلق بما ينشئه العقد من التزام
بنقل الملكية) .

فالبحث يدور فيها أولاً حول حصول توافق الارادتين على البيع توافقاً
حقيقياً لا صورياً ، وثانياً حول صحة التعاقد (١) ونشوء التزام منه بدفع الثمن
والوفاء فعلاً بهذا الالتزام (٢) وكذلك نشوء التزام بنقل ملكية عقار وكون

(١) نفس مدني ٢١ ابريل ١٩٦٦ بمجموعة أحكام التخص ١٧ - ٨٩٩ - ١٢٣ وقد
جاء فيه أن « الدعوى بصحة وقاد العقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد
نقل الملكية حتى اذا ما سجل المحكم قام مقام العقد السجل في نقل الملكية وهذا يقتضي
أن يفصل القاضي في أمر صحة البيع ويحقق من استيفائه للشروط اللازمة لانفاذه وصحته
ثم يفصل في أمر استناع البائع عن تنفيذ التزاماته ومن ثم فإن تلك الدعوى تنبع لأن يثار فيها
كل أسباب بطلان العقد أو من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد
وعلى ذلك فانه اذا فات المحكم ابداء سبب من هذه الأسباب كان في استطاعته ابداءه
في تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه ، فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا المحكم من رفع
دعوى جديدة بطلان العقد استناداً الى هذا السبب . ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة
رفع دعوى طلب بطلان عقد بسبب من أسباب البطلان إذ في هذه الصورة تنحصر وظيفة
المحكمة في بحث هذا السبب وحده فترفضه أو تقبله ، وهي حين تنتهي الى رفضه يقتصر قضاؤها
على هذا الرفض ولا يمتد ذلك الى القضاء بصحة العقد . ومن ثم فإن حكمها برفض هذا السبب
لا يمنع المحكوم عن رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان .
أما في دعوى صحة وقاد العقد فالأمر مختلف إذ المحكمة لا تهدف عند رفض أسباب البطلان
الموجهة الى العقد بل انها تتجاوز ذلك الى البحث في صحة العقد ولا تفضي بصحته وقاده الا اذا
تحقق لها من الأوراق المقدمة اليها أن التصرف الذي يتناوله العقد صحيح و « فذ » .

وفي هذا المعنى أيضاً نفس مدني أول مارس ١٩٦٦ بمجموعة أحكام التخص ١٧ - ٨٩٦ -
٦٧ وقد جاء فيه أن دعوى صحة التعاقد تنبع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود
العقد أو انعدامه أو صحته أو بطلانه ، ومنها أنه صوري صورة مطلقة إذ من شأن هذه
الصورة لو سحقت أن يمتد العقد لا وجود له قانوناً فتحول دون الحكم بصحته وقاده .

(٢) وقد قضت محكمة التخص بتاريخ ٢٥ ابريل ١٩٥٧ بأنه متى كان الثابت أن
المشتري دفع جزءاً من ثمن البيع عند تحرير عقد البيع وافق على سداد الباقي عند تحرير
العقد النهائي وأن البائع تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المشتري لم يوف بما لم يكن

هذا الالتزام مستحق الأداء لا يعطله دفع كالدفع بعدم التنفيذ ولا دعوى كدعوى الفسخ (١) ، وثالثاً حول امكان تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عيبياً جبرياً (٢) . ولعل هذا الشق الأخير من البحث هو الذى دعا للمتقاضين الى عدم الانتصار فى هذه الدعوى على طلب الحكم بصحة التعاقد وعلى العناية بتضمنين صحائف دعوام طلب الحكم بصحة التعاقد ونفاذه .

== المستحق فى ذاته ، فان الحكم يكون قسماً لغير القانون اذا قضى صحة وثاق المدة دون أن يقيم الدليل على وفاء المشتري بكامل الثمن ، كما انه يكون قد طرأ قصور فى النسيب اذا لم يرد على دفاع البائع فى هذا الخصوص (مجموعة أحكام التفسير ٨ - ٥٤١ - ٤٧ المحاماة ٣٨ - ٥٥٥ - ٢٢٥) . وفى هذا المنى أيضاً قضى مدنى ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ - ١٠٧٥ - ٤٨٧ مجموعة أحكام التفسير ٨ - ٧٨٩ - ٨٧ وقد جاء فيه أنه متى كان المشتري قد رفع الدعوى بطلب صحة التعاقد عن عقد البيع وأسس دعواه على أنه وفى بالالتزام بالثمن وطلب احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات هذا الوفاء كما رفع البائع الدعوى بعدم وفاء المشتري بكامل الثمن ، قلقت المحكمة بصحة التعاقد ، وكان مفهوماً ما ذكرته عن ذلك الوفاء أن نظر المحكمة انما يطلق بصحة التعاقد لحسب وليس لها أن تعرض الى أمر الوفاء أو عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على التعاقد ، فانها ستكون قد أخلت فى فهم القانون خطأ جرأها الى الفصل عن النظر فيما دفع به البائع من عدم وفاء المشتري بكامل الثمن وفيما رد به المشتري من جانبه وأسس عليه دعواه من أنه وفى بالالتزام بالثمن ، ويكون الحكم قد شابه قصور مثناه الخطأ فى فهم القانون ، ذلك أن عقد البيع من العقود التبادلية والبائع لا يجبر على تنفيذ التزامه اذا مادفع المشتري بعدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بأنه لم يوف اليه بشئ البيع المستحق وهو دفع يترتب على ثبوته حبس الزام البائع بنقل الملكية حتى يقوم المشتري بتنفيذ ما حله من التزامه . وأيضاً قضى مدنى ٢٥ أبريل ١٩٦١ مجموعة أحكام التفسير ١٢ - ٣٧٦ - ٥١ وقد جاء فيه أنه متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة وثاق عقد البيع المطعون بين المطعون عليه الثانى قبل أن يؤدى الأخير باقى الثمن خزانة المحكمة ، فانه لا يكون للطعن (وهو البائع السورى بائع) تمت مصلحة فى النسي عليه بالخطأ فى تطبيق القانون لهذا السبب اذ أن المطالبة باقى الثمن من شأن البائع وحده . ويلاحظ أن الحكم برفض دعوى صحة التعاقد لعدم قيام للمشتري بالتزامه بدفع كامل الثمن لا يمنع المشتري من العودة الى دعوى صحة التعاقد اذا قام بإفداء البائع باقى الثمن (قضى مدنى ٤ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام التفسير ١٦ - ٩٧٣ - ١٥٤) (١) قضى ٨ مايو ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ من ٤٣٤ ، قضى ٢٢ مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام التفسير ٢ - ٤٤٤ - ٨٢ .

(٢) ولقد يجوز فى هذه الدعوى المثارة فى صحة التعاقد بكافة أوجه التزام ، ويجوز ابداء كافة المصروفات فيها ، كالمعنى بالصورية أو بالاطلاق لانضمام الرضا أو عدم توافق القبول والالجب أو منهصر وعرفا لميل أو السبب أو بالاطلاق أى عيب من عيوب الرضا أو نفس ==

غير أننا لا نرى ضرورة لذلك ونعتقد أن طلب الحكم بثبوت التعاقد
يكفى ، لأن ثبوت التعاقد بحكم قضائى يقوم مقام تحرير عقد مصدق على
توقيعه، ويجوز تسجيله وتنقل به الملكية كما تنتقل بتسجيل العقد المذكور
ولو لم ينص على ذلك فى الحكم .

على أنه يجب أن لا يغيب عن البال أن طلب التنفيذ العيني الجبرى يفترض
دائماً بقاء التنفيذ العيني ممكناً ، فإذا صار هذا التنفيذ مستحيلاً امتنع طلب الجبر
عليه أو الحكم بهذا الجبر .

وعلى ذلك فإن اجازة تسجيل حكم بثبوت البيع يقوم مقام تسجيل العقد
فى نقل الملكية يفترض كون البائع مالكا للمبيع وبقائه كذلك الى حين صدور
الحكم أو بعبارة أخرى يفترض ملكية البائع وعدم تسجيل أى تصرف
صادر منه ونقل هذه الملكية الى شخص آخر . وهذا هو الشرط الأساسى
لمجاز الحكم بالتنفيذ العيني الجبرى . فإذا ظهر للمحكمة من أوراق الدعوى
أن الملكية لم تنتقل الى البائع حتى تاريخ الفصل فى الدعوى لأن عقد شرائه
لم يسجل وأن المشتري لم يمتصم فى دعواه البائع للبائع له ليطالب الحكم
بصحة العقد الصادر منه الى البائع اليه توطئة للحكم بصحة عقده هو
حتى اذا ما سجل الحكم الصادر بصحة العقد انتقلت الملكية اليه ، فانه
لا يكون للمحكمة أن تجيب المشتري الأخير الى طلبه وتكون دعواه بطلب
صحة تعاقدته قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبولة ، ذلك أنه ما دامت
الملكية لم تنتقل الى البائع له فان هذا البائع لا يستطيع نقلها اليه كما وان الحكم
للمشتري فى هذه الحالة بصحة عقده لا يمكن أن يحقق الغاية منه بسبب استحالة
تسجيله قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه ، وقد يمتنع من باع لهذا البائع

==الأهلية . ويجوز للبائع أن يارض هذه الدعوى بغيره بفسخ البيع لعدم وفا المشتري
بالتزاماته (حتى مدق ٨ ابر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥-٤٣٤-١٩٩) . وفى
صدر الحكم بصحة التعاقد وأصبح نهائياً امتنت المتفرقة فى البيع بأى وجه من وجوه المتفرقة .

عن القيام بالاجراءات اللازمة لهذا التسجيل ولا يكون في الامكان اجباره على اغاذا التزامه بذلك عن طريق رفع دعوى عليه بصحة التعاقد اذا تبين أن البيع الصادر منه غير صحيح أو غير واجب النفاذ بسبب قانوني (١).

وكذلك اذا ثبت قبل الحكم في دعوى صحة العقد ونفاذه أن الملكية سبق أن انتقلت من البائع الى آخر ، امتنع الحكم في الدعوى المرفوعة بالتنفيذ العيني الجبرى وتعين رفض الدعوى فيما يتعلق بطلب نفاذ العقد ، ولكن ذلك لا يمنع الحكم بقبول التعاقد وبنشوء الالتزام بنقل الملكية في ذمه البائع وبالتعويض عن الاخلال بهذا الالتزام ان طلب المدعى ذلك .

ويلاحظ أن هذا الشرط يخشى منه من الناحية العملية أن يفقد دعوى صحة التعاقد ونفاذه جل أهميتها ، إذ يستطيع البائع بمجرد رفع الدعوى عليه أن يسارع الى بيع العقار مرة أخرى الى غير المدعى وأن يمكن الأخير من تسجيل عقده قبل صدور الحكم في دعوى صحة ونفاذ العقد الأول ، فتنتقل الملكية الى المشتري الثانى ويمتنع اجابة المشتري الأول الى طلب التنفيذ العيني الجبرى ويقتصر حقه على التعويض عن عدم نقل الملكية اليه فحسب .

غير أن المدعى يستطيع أن يتفادى هذا الخطر من طريق تسجيل صحيفة دعواه وفقا للبادة ١٥ وما بعدها من قانون الشهر العقارى ، فيكون له أن يحتج بالحكم الذى يصدر له في هذه الدعوى اذا ما أشر به فى هامش تسجيل صحيفة - على كل من تلقى حقا من البائع بعد هذا التسجيل .

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد متى توافرت شروطها في أى وقت ولا يجوز دفعها بالتقادم المسقط لأنها تعتبر دعوى استحقاق مالا

action en revendication par anticipation

ولأن القاعدة المقررة قانونا هي أن الملكية لا تسقط بالتقادم ، فيجب

(١) مضمّن مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النضر ١٧ - ١١٩٦ - ١٦٤ .

أن تسرى هذه القاعدة على السبل التي تؤدي الى الملك (١).

١٧٨ — تسجيل الدعاوى — تنص المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه : يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نقاذاً كدعاوى البطلان أو النسخ أو الالغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى ، ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية (٢) . وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد اعلان صحيفة الدعوى وقيدها بمعدل المحكمة .

وتقضى المادة ١٦ بأن : يؤثر بمنطوق الحكم النهائي في الدعاوى المينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها .

وتنص المادة ١٧ على أن : يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشربه طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير

(١) تنص مدني ٤ مارس ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥٦٩-١٠-الطامة ٣٥-١١٣٤-٥١١ ، وقرب أيضاً ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ الطامة ٣٥-١٠٥٨-٤٤٦ .

(٢) ويلاحظ أن المادة ٧ من قانون التسجيل — وهي التي كانت تعادل المادة ١٥ من قانون الشهر — لم تكن تتضمن مثل هذه العبارة التي تنص على أنه : يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، فثار الخلاف على جواز تسجيل هذه الدعاوى أو عدمه ، لأنها لم تكن تدخل في الدعاوى المنصوص عليها في المادة ٧ المذكورة وهي أولاً دعاوى البطلان أو النسخ أو الالغاء أو الرجوع ، وثانياً دعاوى الاستحقاق . وقد رجح الرأي القائل بجواز تسجيلها باعتبارها دعاوى استحقاق بحسب المآل ، وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي (تنص ٥ يناير ١٩٣٣ الطامة ١٣ س ٨٣٩) وأيضاً تنص مدني ١٥ مايو ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩-٤٩٤-٥٩ ، ١٩ يونيو ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩-٥٨٧-٧٣) ، واعتدله المصريح بالنسب عليه صراحة في البقرة المشار إليها من المادة ٢٥ من قانون الشهر العقاري .

بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما .

وبلاحظ أن الدعاوى المنصوص عليها في المادة ١٥ ثلاثة أنواع :

(١) نوع من الدعاوى الشخصية يشمل دعاوى البطلان والفسخ والالغاء والرجوع وهي دعاوى يطن بها على عقد تم شهره وترتبت عليه آثاره ويراد بها ازالة هذه الآثار كلية ازالة مستندة الى الماضي أى الى وقت إبرام العقد المطعون فيه لا وقت رفع الدعوى لحسب . ويشمل أيضاً الدعوى البوصية لأن النص يؤول الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، ويراد بها جمل التصرف غير نافذ في حق الدائنين من وقت صدوره لا من وقت رفع الدعوى لحسب .

(٢) ونوع من الدعاوى العينية العقارية يقتصر على دعاوى الاستحقاق ، والغرض منها الحصول على حكم مقرر لحق عيني عقارى سابق على رفع الدعوى . فالحكم الذي يصدر فيها ليس حكماً منشئاً ذا أثر رجعي ، بل يعتبر اقراراً لوجود الحق العيني العقارى المدعى به وجوداً سابقاً على رفع الدعوى .

(٣) والنوع الثالث يشمل دعاوى صحة التعاقد وهي دعاوى شخصية يراد بها الوصول الى نقل حق عيني عقارى من طريق تسجيل الحكم الذي يصدر فيها^(١) . ولا يتم هذا النقل الا من وقت تسجيل ذلك الحكم . فلا الحكم الذي يصدر في هذه الدعوى ولا تسجيل هذا الحكم يكون لهما بحسب الاصل أثر رجعي فيما يتعلق بنقل الملكية .

وقد نظم المشرع بشأن هذه الأنواع الثلاثة من الدعاوى اجراءين متاليين : الأول تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها في هامش تسجيل

(١) راجع منهم في الماشر ٢ من سر ٢٢٢ .

المحرر المطعون فيه ان وجد ، والثاني التأشير بالحكم الذي تنتهي به الدعوى في هامش التأشير أو التسجيل المذكورين ، ورتب على اتمام هذين الاجراءين امكان الاحتجاج بالحكم الذي يصدر في الدعوى على الغير بأثر رجعي يستند الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى^(١) .

والفرض من ذلك أولا وقبل كل شيء هو جعل المدعى باحدى هذه الدعاوى اذا ما حكم له فيها وأشر بحكمه وفقاً لما تقدم مفضلاً على كل شخص كسب حقاً عينياً على العقار موضوع الدعوى وقام بشهره بعد تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها ، سواء كان ذلك الشخص قد كسب حقه بحسن نية أو بسوء نية ، اذ لا يقبل الاعتذار بحسن النية بعد شهر الدعوى المذكورة^(٢) .

(١) غير ان هذا الأثر الرجعي للتأشير بالحكم مأمور على حماية رافع الدعوى من الحقوق التي يكتسبها الغير على العقار ذاته بعد تسجيل صحيفة الدعوى (استئناف مصر ٢٩ ابريل ١٩٣٢ المجموعة ٣٣ رقم ٢١٣) . فاذا كان رافع دعوى صحة التعاقد — بعد أن سجل صحيفتها — قد طلب الأخذ بالشفعة في عقار مجاور للعقار موضوع هذه الدعوى ، كانت طلبه على غير أساس لعدم ثبوت ملكيته للشفوع به وقت طلب الشفعة ولأن الأثر الرجعي للتأشير بحكم صحة التعاقد لا يفيد ثبوت الملك له من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدني ٨ نوفمبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣-٣٢-٩) .

(٢) قض مدني ٢٧ مارس ١٩٥٨ بمجموعة أحكام النقض ٩ - ٢٤٣ - ٣٢ وقد جاء فيه أنه « متى تبين أن أحد المشتريين المتراجحين قد رفع دعوى بصحة التعاقد وسجل عريضتها قبل تسجيل عقد المشتري الآخر ثم سجل الحكم الصادر له بصحة التعاقد ، فإن هذا الحكم يعتبر أسبق تسجيلاً ويفضل عقد المشتري الآخر . ولا محل بعد ذلك لاقسام المادة ١٤٦ مدني لاجراء حكمها على المشتري بهذا العقد المسجل باعتبار أنه خلف خاص كان يلم بحكم صحة التعاقد فيسرى عليه ذلك الحكم ، أو للبحث في أن عليه هذا كان مقترنا عليه يحصل تنازل عن الحكم المذكور مما يحد من أثره ، لأن تسجيل حكم صحة التعاقد ينشئ في تحقق أثره على الخلف الخاص عن الملم المشتري في المادة ١٤٦ المشار اليها » .

وكذلك لو سجل أحد المشتريين المتراجحين صحيفة دعوى صحة التعاقد قبل أن يسجل الآخر صحيفة دعواه ثم سجل الآخر صحيفة دعواه والحكم الصادر فيها بصحة التعاقد ، فإن تسجيل حكمه لا يمنع به على المشتري الثاني سجل صحيفة دعواه أولاً اذا حصل هذا أيضاً على حكم صحة التعاقد وأشر به في هامش تسجيل صحيفة دعواه ولو كان هذا التأشير تألياً لتسجيل =

فن اشترى عقاراً مرفوعة بشأنه دعوى بطلان أو فسخ أو إلغاء سند ملكية البائع اليه أو دعوى استحقاق مدعى فيها بأن البائع ليس مالكا العقار المبيع أو دعوى صحة تعاقد مدعى فيها بأن البائع سبق أن باع العقار المبيع للدعى ، لا يجوز له أن يحتج بتسجيل عقده متى كان هذا التسجيل تالياً لشهر صحيفة الدعوى المذكورة (١) .

ولا بد في ذلك من اتخاذ الاجراءين كليهما ، فلا يغني تسجيل صحيفة الدعوى عن التأشير بالحكم الصادر فيها أو عن تسجيله (٢) ، كما أن تسجيل الحكم لا يغني عن تسجيل صحيفة الدعوى اذا كان يراد التمسك بالحق الثابت به على

== حكم المشتري الآخر أو لتأشير به في هامش صحيفة دعواه (تقضى مدنى ١٩ يونيو ١٩٥٨ الحاماة ٣٩ - ٧٢٠ - ٢٥٦) .

وأما رفع كل من المقتري الأول والثاني دعوى صحة تعاقد وقاما بتسجيل صحيفة دعوى كل منهما في يوم واحد وساعة واحدة ثم صدر لكل منهما حكم بصحة التعاقد وقاذه وتأثر بهذا الحكم في هامش تسجيل صحيفة الدعوى كانت البقضة بينهما بأسمية رقم تسجيل صحيفة الدعوى ٣ (تقضى مدنى ١٥ مايو ١٩٥٨ مجموعة أحكام التقضى ٩ - ٤٩٤ - ٥٩) .

(١) انظر تقضى مدنى ٢٧ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام التقضى ٩ - ٢٤٣ - ٣٢ .
(٢) تقضى مدنى ١٤ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام التقضى ١٤ - ٢٩٨ - ٤٥ وقد جاء فيه أن د مؤدى نس المادتين ١٧٠٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع الى المشتري الا بتسجيل عقد البيع أو تسجيل الحكم النهائي بإثبات التعاقد أو التأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى اذا كانت قد سجلت ويكون للدعى في هذه الحالة الأخيرة أن يحتج بحقه على الغير ابتداء من اليوم الذى تم فيه تسجيل صحيفة الدعوى . وينبى على ذلك أن تسجيل صحيفة الدعوى والحكم فيها بصحة التعاقد - ولو كان نهائياً - دون التأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل الصحيفة لا يترتب عليه نقل الملكية الى المشتري بل تبقى هذه الملكية للبائع وبالتالي يجبر بمصرفه الى مشتري آخر مادراً من ماله . ولا يجوز دون الحكم للأخير بصحة وقاذه عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشتري الأول وصدر حكم لصالحه بصحة تعاقدته .

وفي هذا المعنى أيضاً البدرأوى في عقد البيع سنة ١٩٥٧ س ٢٣٦ ، بور سعيد الاجمائية (استثنائي) ٣١ ديسمبر ١٩٥٩ في القضية رقم ١٥ سنة ١٩٥٧ (غير منشور) ونبه المذلل بوجه خاص لأن كثيراً من المتقاضين يتعمدون خطأ أنهم بمجرد تسجيلهم محالين ==

الغير الذي كسب حقاً آخر على العقار ذاته قبل تسجيله (١).
أما من كسب حقاً على العقار موضوع إحدى هذه الدعاوى وقام بشهره قبل شهر صحيفة تلك الدعوى ، فأمره يختلف . وقد كانت المادة ١٢ من قانون التسجيل تحيل في شأنه الى النصوص والمبادئ السارية وقت اكتساب حقه ، وذلك لأن مركز هذا الشخص يختلف بحسب طبيعة الدعوى التي رفعت على سلفه بعد أن تلقى هو الحق من ذلك السلف . فالدعاوى الداخلة في النوع الأول كان الأصل فيها أن الحكم الذي يصدر بشأنها يكون له أثر رجعي مستند الى وقت إبرام العقد المطعون فيه ، فيزول بناء عليه هذا العقد وكل ما ترتب عليه من أثر وتزول تبعاً له كافة التصرفات التي أبرمها من تلقى الملكية بموجب هذا العقد سواء كان المتصرف اليه الأول أو الثاني حسن النية أو سيء النية . غير أنه كانت توجد في التقنين المدني القديم بعض نصوص تهمي المتصرف اليه الثاني من أثر فسخ أو بطلان أو الغناء سند ملكية المتصرف اليه الأول متى كان المتصرف اليه الثاني حسن النية (٢).

== دعاوى يحفظون حقوقهم قبل الغير ، مع أن الواقع أن تسجيل صحيفة الدعوى في ذاته لا أثر له لأنه لا يثبت ثبوت الحق المدعى به للمدعى وإنما القى يثبت ذلك هو الحكم الذي يصدر لصالحه . وهو القى يجب في الأصل شهره ، وإنما اجيز تسجيل صحيفة الدعوى ليترتب عليه استناد أثر الحكم في الماضي الى تاريخ هذا التسجيل بمرط التأشير بالحكم في هامش ذلك التسجيل . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في حكم حديث لها بتاريخ ١٣ يونيو ١٩٥٧ بأن القضاء بطلان تسجيل المقررى لبقته قبل التأشير على هامش صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة تماثل آخر صادر عن ذات الألبان السبعة والسجلة في تاريخ سابق على تاريخ التسجيل المحكوم بطلانه هو قضاء سابق لأوانه وفيه مخالفة للقانون حتى لو قضى للمقررى الآخر بصحة وهذا العقد ، ذلك أن الحكم بطلان التسجيل لا يكون إلا بعد الحكم بصحة التماثل والتأشير بذلك فلا في هامش صحيفة تلك الدعوى وما لم يحصل هذا التأشير لا يكون للحكم بصحة التماثل أى حجية ؛ للنسبة لتسجيل العقد (مجموعة أحكام النقض ٨-٥٧٦-٦٤) .

(١) وكان يجب أن يقيد المصريح استناد أثر الحكم الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى بضرورة التأشير بالحكم في مدة معينة من تاريخ صدوره نهائياً ، حتى لا يفضل الأمر الرجعي لتأشير بالحكم مدة أطول مما ينبغي .

(٢) انظر المواد ٤٦/٢٧ ، ٤٧/٢٨ ، ٧٨/٥٥ ، ١١٨ مكررة / ١٧١ ، ١٣٦ مكررة / ١٩٧ ، ١٧٩ ، ٢٤٧ / ٢٥٦ مكررة / ٢٢٣ ، ٢٦٩ مكررة / ٣٤٠ ، ٢٧٩ ، ٣٧٢ ، ٣٨٥ / ٣١١ ، ٤٧٠ / ٣٣٧ مدني قديم .

وفما يتعلق بالنوع الثاني ، أى دعاوى الاستحقاق ، فقد كان من الواضح أن الحكم للدعى بالاستحقاق إنما يكون إقراراً لحقه من وقت حدوث الواقعة القانونية التى أكسبته هذا الحق ، فكان يجوز للدعى أن يتمسك بحقه الذى حكم له به ضد أى شخص كسب قبل غيره حقاً على العقار موضوع الدعوى لأن الأول ثبت أنه مالك ولأن الثانى ثبت أنه ملق حقه من غير مالك (١). غير أنه إذا كان هذا الأخير قد حاز العقار خمس سنوات بحسن نية قبل تسجيل دعوى الاستحقاق فإن القانون كان يحميه ويجعل الحكم الصادر فى هذه الدعوى لا يحتاج عليه به . فرأى واضعو قانون الشهر العقارى أن الحكم المؤشر به فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى لا يحتاج به فى هاتين الحالتين على من كسب حقه بحسن نية على العقار موضوع الدعوى قبل تسجيل صحيفة ، وآثروا بدلاً من الاحالة على النصوص والمبادئ السارية فى شأن كل حالة على حدة أن يضعوا قاعدة عامة تحمى الغير الذى كسب حقه قبل تسجيل صحيفة إحدى الدعاوى المذكورة بمجرد حسن نيته ، ونصوا على ذلك فى المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقارى . وجعلوا النص يشمل نوعاً ثالثاً من الدعاوى هو دعاوى صحة التعاقد ، لجاء النص يفيد بمفهوم المخالفة أن الحكم المؤشر به فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى يحتاج به على الغير الذى يكون قد كسب حقاً على العقار موضوع الدعوى قبل تسجيل صحيفة متى كان وقت كسبه هذا الحق سبب النية أى عالماً بالواقعة التى قامت على أساسها تلك الدعوى .

ونجمل البنأ أن هذا النص قد جاوز قصدهم أولاً فيما يتعلق بدعاوى الاستحقاق إذ لا يتصور أن يحمى المشتري من غير المالك ويفضل على المالك

(١) ولكن يفترض أن احتياج المستحق بالحكم الصادر لمصلحه على المشتري من المسمى عليه فى دعوى الاستحقاق التى سجل غده قبل صدور ذلك الحكم أن يكون المستحق قد اخضع المشتري فى الدعوى ، والا فانه لا يجوز له الاحتجاج عليه به لأن البائع لا يمثل المشتري منه فيها يقوم على الطار البيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع (قس مدنى ٢٣ فبراير ١٩٥٦ مجموعة أحكام النص ٧ - ٢٥١ - ٣٥) .

الذى حكم له بالاستحقاق لمجرد كون المشتري من غير المالك قد سجل عقده بحسن نية قبل رفع دعوى الاستحقاق وتسجيلها لأن حسن النية والتسجيل لا يكفيان في ذاتهما لاكتساب المشتري من غير المالك ملكية العقار المبيع ولا لسلب المالك ملكيته . وثانياً فيما يتعلق بدعوى صحة التعاقد - وهى التى لم يكن يشملها نص المادتين ١٢٩٧ من قانون التسجيل ولكنها أضيفت فى المادة ١٥ من قانون الشهر الى نوعى الدعاوى اللذين كان منصوصاً عليها فى قانون التسجيل مع وجود فرق جوهري بينها وبينها لم يانفت اليه المشرع عند صياغة حكم المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الشهر العقارى تلك الصياغة العامة التى شملت الأنواع الثلاثة من الدعاوى بحكم موحد - فان من طبيعة هذا النوع من الدعاوى أن أثره يقف عند تسجيل صحيفته ولا يرجع الى ما قبل ذلك بأى حال ، فلا يحتاج بالحكم الذى يصدر فى دعوى صحة التعاقد على الغير الذى كسب من البائع حقاً قام بشهره قبل تسجيل هذه الصحيفة، سواء كان ذلك الغير حسن النية أو سوء النية^(١) ، الا اذا كان المحكوم له يستطيع أن يطعن فى التصرف المسجل لصالح الغير قبل تسجيل صحيفة دعواه هو بأنه عقد صوري أو توافرت لديه شروط الدعوى البوليسية . ولذلك نرى أنه لا يصح الأخذ بالمقهوم المخالف للمادة ١٧ فقرة ثانية^(٢) وأنه يجب الاكتفاء فى شأن حقوق الغير المشهورة قبل شهر صحائف الدعاوى المذكورة بالرجوع الى النصوص والقواعد السارية بالنسبة الى كل منها كما كانت تقضى بذلك المادة ١٢ من قانون التسجيل الملغى .

(١) قارن عكس ذلك السهوى فى الوسيط ج ٤ ص ٤٩١ هامش ١ حيث يقول ان البيع الصادر من البائع الى مشتر آخر اذا سجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، لم ينفذ مع ذلك وحق المشتري الأول الذى رفع هذه الدعوى الا اذا كان المشتري الآخر حسن النية ، ذلك أن حق المشتري الأول الذى سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا تندم حجته الا فى مواجهة الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى (م ١٧/٢ من قانون الشهر) .

(٢) فى هذا المتن اسماعيل غانم ص ١٤١ .

١٧٩- التمييز بين دعوى صحة العقار وبين دعوى صحة التوقيع -
تقدم أن دعوى صحة التعاقد يتناول البحث فيها حصول توافق الإرادتين
توافقاً حقيقياً وتوافر جميع شروط انعقاد العقد وصحته وانعدام كل
سبب من أسباب الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ ثم إمكان التنفيذ العيني الجبرى .
وبين من كل ذلك أنها دعوى موضوعية يبحث فيها القاضى موضوع العلاقة
التي تربط بين المدعى والمدعى عليه وينتهى من بحثه الى تقرير حقوق لأحد
الطرفين أو لكل منهما قبل الآخر . وهى لذلك تعتبر دعوى موضوعية
يستحق عليها رسم نسي أى بنسبة قيمة العقار موضوع الدعوى .

أما دعوى صحة التوقيع فهى دعوى تحفظية شرعت لكى يطمئن من
طريقها الشخص الحاصل على محرر عرّفى من آخر الى أن ذلك الآخر
المنسوب اليه توقيع المحرر المذكور لن ينكر فى المستقبل توقيعه عليه .
وهذا بقطع النظر عن موضوع المحرر وعن نوع العلاقة الثابتة به وصحة
التصرف المدون فيه أو عدمه . فيقتصر محل البحث فى هذه الدعوى على
حصول التوقيع من المدعى عليه أو عدمه دون تعرض لموضوع المحرر ،
فيمتنع على القاضى فيها أن يتعرض للتصرف المدون فى الورقة من جهة
صحته أو بطلانه أو نفاذه أو توقفه وتقرير الحقوق المترتبة عليه^(١) . وهى
لذلك تعد دعوى تحفظية لا دعوى موضوعية ، ولا يستحق عليها رسم
نسي بل رسم ثابت فقط وهو فى الغالب يكون أقل كثيراً من الرسم النسي ،
الامر الذى يجعل كثيراً من المتقاضين يفضلون رفع دعوى صحة التوقيع
بدلاً من رفع دعوى صحة العقد ونفاذه .

فما هو أثر هذه الدعوى والحكم الذى يصدر فيها ، وماذا يترتب على
تسجيل صحتها ؟

(١) محض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢- ٥١٢- ١٦٧ .

أما أثر هذه الدعوى فهو أن الحكم الذى يصدر فيها بصحة التوقيع يقوم مقام التصديق على توقيع العاقدین على العقد العرفى ، وهو بالتالى يجعل العقد غير المصدق على توقيعه قابلاً للشهر اذا توافرت فيه سائر الشروط الأخرى اللازمة لذلك .

غير أنه يلاحظ أن التسجيل فى هذه الحالة إنما يرد على العقد العرفى ذاته ويشمل الحكم بصحة التوقيع باعتباره من الملحقات المؤيدة لهذا العقد والمكحلة لصلاحيته للشهر . وهذا خلافاً للحال فيما يتعلق بالحكم بصحة العقد ونفاذه حيث يرد التسجيل بصفة أصلية على الحكم ولا يشمل العقد الا اذا كان الحكم لم يتضمن جميع البيانات اللازمة للشهر اكتفاء بالاحالة فى شأنها الى العقد .

ويترتب على ذلك أن الحكم بصحة التوقيع لا يفيد صحة العقد المدون فى المحرر الذى حكم بصحة توقيعه ، ولا يمنع الطعن فى هذا العقد بالبطالن أو بقباليته للابطال ولا طلب فسخه^(١) ، أما الحكم بصحة العقد فانه متى صار نهائياً يمنع من اعادة البحث فى أى شىء من ذلك .

ويترتب على تسجيل الحكم بصحة التوقيع تبعاً لتسجيل المحرر العرفى المثبت للتعاقد نقل ملكية العقار موضوع المحرر من وقت هذا التسجيل كما يترتب ذلك على تسجيل الحكم بصحة العقد ونفاذه^(٢) . غير أننا قد رأينا أن المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى قد أجازت تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد وربت عليه أن الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى يكون له اذا ما تم

(١) قضى مدنى ٢٤ مايو ١٩٥١ مجموعة أحكام التمس ٢ - ٨٤٩ - ١٣٦ ،
ليبى شنب نيزة ٩٠ .

(٢) قضى مدنى ١٧ مارس ١٩٤٩ مجلة التصريح والنقض ٢ - ٣ - ٣ وله جاء فيه
أن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمها سواء من حيث أثر تسجيل الحكم
الصادر فى كل منها ، وادان فالقدا المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ تسجيل الحكم
بمطابقة العقد المسجل .

التأثير به في هامش تسجيل صحيفتها أثر من تاريخ هذا التسجيل الأخير . أما دعوى صحة التوقيع فقد أشارت المذكرة الإيضاحية صراحة الى عدم جواز تسجيل صحيفتها لأنها ليست داخلة في أى نوع من أنواع الطوائى التي أجاز تسجيلها . وبناء على ذلك لا يمكن أن يكون لتسجيل المحرر العرفى غير المصدق على توقيعه متى تم بناء على حكم صحة التوقيع أثر يرجع الى ما قبل حصوله^(١) ،

وقد اطر دقضا محكمة النقض على ذلك وجاء فى حكمها بتاريخ ٢١ ابريل ١٩٥٥ و أنه لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع انما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع ، فان هذه الدعوى على خلاف دعوى صحة التعاقد لا يفيد تسجيل صحيفتها شيئا بل لا بد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره فى نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ هذا التسجيل^(٢) .

يبين من هذه المقارنة بين دعوى صحة التعاقد وصحة التوقيع أن الأولى أقوى أثرأ ، فهي تتناول موضوع التعاقد وتصحى جميع أوجه المنازعة فيه نهائيا ويمكن أن يكون للحكم الذى يصدر فيها أثر رجعى من حيث حماية رافدها ضد الحقوق التى يكسبها الغير على العقار موضوع الدعوى بعد تسجيل صحيفتها . أما دعوى صحة التوقيع فهي دعوى تحفظية لا تبحث فيها المنازعات الموضوعية والحكم الذى يصدر فيها يكون أشبه بالتصديق على التوقيع ، فلا يمكن أن يستند أثره الى الماضى ولو فرض تسجيل صحيفة الدعوى . ولذلك كان الغالب فى العمل أن يلجأ المشتري الى رفع دعوى صحة التعاقد . وألا يلجأ الى دعوى صحة التوقيع^(٣) .

(١) السهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٥٠٢ .

(٢) قضى مدنى ٢١ ابريل ١٩٥٥ مجموعة أحكام القضاة ٦ — ١٠٣٢ — ١٣٤ .

(٣) السهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٥٠٣ نبذة ٢٧٥ ، ليب شلب نبذة ٩٠ ،

اسماعيل خانم ص ١٣٢ .

١٨٠ - (ثالثاً) التنفيذ بمقابل الالتزام بنقل ملكية عقار -
تقدم أن الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع لا يمكن تنفيذه عيناً الا اذا كان
البائع مالكا هذا العقار ولم ينقل ملكيته بعد نشوء ذلك الالتزام الاول الى
آخر قام بتسجيل عقده . أما اذا كان البائع غير مالك أصلاً أو كان قد نقل
الملكية الى آخر ، استحال على المشتري الذي لم يتم تسجيل عقده الحصول على تنفيذ
هذا الالتزام عيناً ، ولم يعد له من سبيل لكسب ملكية العقار المبيع اليه ،
بل يبقى دائماً شخصياً للبائع ، ولا يكون له الا أن يطالب الآخر بتعويض عن
اخلافه بالترامه بنقل الملكية ، سواء بالاستناد الى القواعد العامة المتعلقة
بالتنفيذ بمقابل (المواد ٢١٥ وما بعدها) ، أو الى أحكام ضمان الاستحقاق
(المواد ٤٤٣ وما بعدها) ، أو الى أحكام بطلان بيع ملك الغير (المادة ٤٦٨) ،
أو الى قواعد الفسخ مع التعويض (المادة ١٥٧) حسب الأحوال .

١٨١ - جواز طعن المشتري الذي لم يسجل عقده بالدعوى
البولصية في عقد المشتري الذي سبق الى تسجيل عقده - ولأن المشتري بعقد
غير مسجل يعتبر دائماً عادياً للبائع ، فاذا استحال عليه الحصول على التنفيذ
العيني بعد أن سبقه غيره الى تسجيل عقده ، جاز له أن يطعن في العقد المسجل
الصادر الى غيره بالدعوى البولصية اذا توافرت لديه شروطها . وأهمها أن
يكون التصرف المراد الطعن فيه تالياً لحق الدائن ومسبباً اعسار المدين
(البائع) بحيث يصبح مجموع أموال المدين الباقية بعد هذا التصرف غير واف
بجميع ديونه الحالية والأجلة (١) .

(١) راجع كتابنا في أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٦٢ وما بعدها .
وهناك رأى بأنه اذا ركز حق الدائن في عين مملوكة للمدين ، كما في حالة حق مشتري
الطار بعد غير مسجل ، وتصرف المدين في ملكية هذه العين الى آخر ، أمكن اعتبار هذا
التصرف مسبباً اعسار المدين وضاراً بالدائن ولو كانت لدى المدين أموال أخرى تربو قيمتها على
قيمة العين موضوع حق الدائن لأن وجود تلك الأموال الأخرى لا يفي بحق الدائن وقاء عينياً ،
وعلى ذلك يجوز للدائن في مثل هذه الحالة الطعن بالدعوى البولصية في التصرف الصادر من =

غير أنه يلاحظ على أى حال أن الدعوى البولصية هي دعوى شخصية تعتبر مقدمة للتنفيذ على أموال المدين بمقتضى حق الضمان العام ، فلا يجوز أن يلجأ اليها المشتري بمقد غير مسجل لابطال عقد المشتري الثاني المسجل حتى يتمكن هو بعد ذلك من تسجيل عقده والحصول على ملكية العقار المبيع اليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا ثبت أن الطاعن كان يهدف بطعنه بالدعوى البولصية الى اجراء مفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون عليه المسجل ، فان طعنه يكون غير منتج في التخلص من آثار عقد المطعون عليه المسجل المطعون فيه بالدعوى البولصية ولو كان هو بوصفه متصرفاً له والمتصرف سبب النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة (١) .

ومؤدى ذلك أن كل ما يترتب على الحكم في الدعوى البولصية بعدم نفاذ تصرف البائع في حق دائنيه هو امكان هؤلاء الدائنين التنفيذ بحقوقهم على العقار موضوع التصرف الذى تقرر عدم نفاذه ، فلا يجوز للمشتري الأول الذى لم يكن قد سجل عقده أن يبادر بعد الحكم المذكور الى تسجيل عقده لنقل ملكية ذلك العقار اليه .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض في حكم حديث لها حيث قررت أنه منى بتحقيق الشرائط المقررة لبطالان التصرف تأسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدني القديم فان مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها الى البائع ، ويكون من حق المشتري الذى لم يسجل عقده بوصفه دائناً بالتقضى التنفيذ عليها

== مدينه في البين المذكور . والحصول على حكم بعدم نفاذ هذا التصرف قبل ثم التنفيذ بمقتضى هذه البين (انظر في ذلك كتابنا في أحكام الالتزام سنة ١٩٤٧ نبذة ١٦١ ، السهوى في الوسيط ج ٢ نبذة ٥٨٨ س ١٠٣٠ ، ج ٤ س ٥٥٤ ، لوران ج ٣٤ نبذة ١٦ ، لابلول وروبير واسمان ج ٧ نبذة ١٣٧ و١٣٨ ، دى هانس في الدعوى البولصية نبذة ٤٨ . فارتد عكس ذلك اسماعيل غانم س ١٤٢) .

(١) نفس مدني ١١ ديسمبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام التقضى ج ١٧٦-٢٨ .

جبراً استيفاء لدينه ، وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشتري الى بحث عقده الابتدائي وطالب الحكم بصحته وتفاذه ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل الى المشتري الذي يحمل عقده محملة بحق المشتري الذي لم يسجل بوصفه دائناً للبائع ، وليس للدائن في مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذي يجرى عليه التنفيذ (١) .

وبلاحظ أن المبدأ الذي قرره هذا الحكم في ظل نصوص التقنين المدني القديم التي كانت تعتبر أن الدائن رافع الدعوى البولصية هو وحده الذي يستفيد من الحكم الذي يصدر فيها يكون أولى بالاتباع في ظل التقنين المدني الحالي حيث تنص المادة ٢٤٠ منه على أنه متى تقرر عدم تقاضا التصرف استفاد جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضراراً بهم ، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز لواحد من هؤلاء الدائنين - لمجرد أن حقه الشخصي ثابت في محرر صالح للشهر - أن يستأثر بثمره الدعوى البولصية عن طريق المبادرة الى تسجيل عقده وكسب ملكية العقار المبيع ، لأنه ليس له على هذا العقار أى حق أكثر من سائر الدائنين الذين تم التصرف المطعون فيه اضراراً بهم (٢) .

(١) نفس مدني ٢ يونيو ١٩٥٥ مجموعة أحكام النسخ ٦-١١٨٥-١٥٨ .

(٢) فارد عكس ذلك السهوري في الوسيط ج ٤ ص ٥٥٥ حيث يقول : وفي الحالة التي نحن بصدها قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيحتر البائع في حالة اضراره بالمس المقصود في الدعوى البولصية مادام المشتري لا يستطيع أن يصل الى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلاً من التويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول اذن بالتنفيذ العيني وهو ملك العقار ، ويحتر البائع في هذا الخصوص مسيراً حتى لو كانت عنده أموال كافية حتى يعوض المشتري الأول عن فوات ملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويمكن بذلك من رد العقار الى ملكه البائع ، ويشكك بعد ذلك بتسجيل سند » .

الفصل الثاني

الالتزام بتسليم المبيع

١٨٢ - أهمية الالتزام بالتسليم وتضمم الموضوع - لا يكفي المشتري أن تنتقل إليه ملكية المبيع ، بل لابد له أيضاً من حيازة المبيع لكي يتمكن من الانتفاع به .

ذلك أن حق الملكية يتضمن الانتفاع ، وهو لا يكون الا من طريق الحيازة مباشرة كانت أو غير مباشرة .

وقد نص التقنين المدني الحالي في المادة ٢٠٦ منه على أن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم ، ثم طبق ذلك على التزام البائع فنص في المادة ٤٣١ منه على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع » .

ويلاحظ أن التسليم الذي نص عليه المشرع في هاتين المادتين هو التسليم الذي يؤدي الى نقل الحيازة من البائع الى المشتري بقطع النظر عن انتقال الملكية أو عدمه ، أى أنه غير التسليم الذي كان ضروريا لنقل الملكية في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم والذي استعاض عنه فقهاء القانون الفرنسي القديم بالنص في صلب عقد البيع على حصول التسليم والتسلم *clause de livraison saine* ثم استغنى عنه المشرع الحديث باستثناء تاما بالنص في المادة ١١٣٨ مدني فرنسي وفي المادتين ٩١ و ٩٢/١٤٥ و ١٤٦ مدني مصري قديم وفي المادة ٢٠٤ مدني على ما يفيد أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق » (راجع ما تقدم في نبذة ٩) .

فالالتزام بتسليم المبيع الذى تنص عليه المادة ٤٣١ مدنى هو اذن التزام محله القيام بعمل معين يتم به نقل حيازة المبيع الى المشتري . وتظهر أهمية التسليم بوجه خاص فى أن حصوله يعتبر وقاء للالتزام بالتسليم وطريقا لانقضاءه ، فضلا عن أن اجراءه يقتضى فرز محله اذا لم يكن معينا بالذات ، ذلك الفرز اللازم لانتقال ملكية المبيع غير المعين بذاته ، وتظهر أهميته فى القانون المصرى بوجه أخص فى أنه يتوقف عليه انتقال تبعة هلاك المبيع الى المشتري . فيتحمل البائع تبعة الهلاك الى أن يسلم المبيع الى المشتري فتنتقل حينئذ تبعته الى هذا الأخير ، فيكون لتحمين كيفية التسليم وزمانه ومكانه أهمية بالغة لمعرفة ما اذا كان التسليم قد تم وانتقلت معه تبعة الهلاك الى المشتري أم لا .

وبشر ذلك مشاكل كثيرة فى البيوع التجارية التى تفصل فيها بين البائع والمشتري مسافات طويلة ، فيلزم تعيين الوقت والمكان اللذين يعتبر التسليم قد تم فيهما ، ويرجع فى ذلك الى اتفاق الطرفين . وقد بلورت عادات التجارة الدولية نماذج معينة من عقود البيع فى هذا الخصوص . وأهمها النوع المعروف باسم *Vente C.I.F ou Vente C.A.F.* (وحروف *C. I. F.* هى اختصار لعبارة *Cost, insurance, freight* الانجليزية وحروف *C. A. F.* اختصار لعبارة *Coût, assurance, fret* الفرنسية) وفيه يتجه قصد العاقدين الى أن يكون التسليم فى مكان الشحن^(١) والى أن يكون للبائع اختيار السفينة التى يتم عليها الشحن وأن يتضمن الثمن نفقات الشحن والتأمين على البضاعة المبيعة طوال مدة سفرها والى حين وصولها ، فيتم فرز المبيع بمجرد شحنه وتنتقل ملكيته من ذلك الوقت الى المشتري وكذلك تبعة هلاكه فى الطريق ويكون التأمين لصالح المشتري . وهناك نموذج آخر هو المعروف بالبيع

(١) قضى مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام التمس ١٠-٧٨٣-١١٧ .

F.O.B. (وهي اختصار للعبارة الفرنسية *Franco à bord* والعبارة الانجليزية *Free at board*) وفيه يتحمل المشتري تبعه الهلاك أو التلف من يوم الشحن أيضا^(١) ولكن يكون له اختيار السفينة التي يتم عليها الشحن في حين أن هذا الاختيار يكون في النوع السابق متروكا للبائع . وتكون نفقات الشحن والتأمين على عاتق المشتري ، أى أن هذه النفقات يجب أن يتحملها المشتري فوق الثمن المسمى في العقد خلافا للحالة السابقة حيث يكون الثمن المسمى شاملا تلك النفقات . وإلى جانب هاتين الصورتين توجد صورة أخرى يتحمل فيها البائع تبعه الهلاك ولا يعتبر المشتري أنه تسلم البضاعة قانونا إلا في ميناء الوصول *delivery franco domicile of the buyer* ومنها الصورة المعروفة بالبائع في مكان الوصول *vente à l'arrivée* أو *vente par navire désigné* (٢).

وفيما يلي سنعالج المسائل المتعلقة بالالتزام بالتسليم على الترتيب الآتى :

- (١) تعريف التسليم .
- (٢) طريقة التسليم : التسليم القانوني والتسليم الحكي .
- (٣) محل الالتزام بالتسليم :

(١) المبيع ذاته (الحالة التي يجب تسليمه عليها والقدر واجب التسليم وما يحدث فيه من نقص أو زيادة) .

(ب) ملحقات المبيع .

(١) انظر تفتى مدى ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام التفتى ٩-٦٩٩-٩٠ .
(٢) انظر في ذلك محسن شفيق في الوسيط في القانون التجارى المصرى ج ٢ ط ٢ سنة ١٩٥٥ نبذة ٣٦ ص ٣٨ ، امام (في كتابه المشترك منا) في البيع نبذة ١٥١ ؛ كلمنت Kahn في البيع التجارى الدول ، باريس سبتمبر ١٩٦١ ص ١٦٧ ، شميتهوف Gl. Schmitthoff في تجارة الصادرات The Exporttrade لندن ١٩٦٢ ص ٦٨ ، وانظر أيضا الاسكندرية الجزئية ٢ يونيو ١٩٥٣ مجلة النمرج والصفحة ٦٠-٢٣٢-٥٧ .

(٤) الوقت الذى يجب فيه التسليم : حق البائع فى الامتناع عن التسليم أو حق حبس المبيع .

(٥) مكان التسليم .

(٦) نفقات التسليم .

(٧) هلاك المبيع وجزاء الاخلال بالالتزام بالتسليم .

١٨٣ - (١) تعريف التسليم - كان التقنين المدنى الملقى يعرف

تسليم المبيع فى المادة ٣٤٢/٢٧١ منه بأنه عبارة عن وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع منه بدون مانع . ويحصل وقفاً . الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعليه بذلك ولو لم يتسله بالفعل .

وقد أخذ التقنين الحالى بهذا التعريف ذاته بعد ضبط ألفاظه وإحكام صياغته ، فنص فى المادة ٤٣٥ فقرة أولى منه على أن (يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك

ويؤخذ من هذا التعريف أن تسليم المبيع يتكون من عنصرين :

(١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري وضماً يتمكن معه من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يحوزه بالفعل .
(ب) اعلام المشتري بهذا الوضع .

وقد اكتفى فى هذا التعريف بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ولو لم يحوزه بالفعل ، لأن حيازة المشتري للبيع أمر يتم بإرادة المشتري وحده متى وضع المبيع تحت تصرفه ، فلا دخل فيها للبائع بل هى محل التزام يقع على

المشتري بمجرد وضع المبيع تحت تصرفه اذ يجب عليه حينئذ أن يتسلمه .
ولم يكتف القانون بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بل اشترط اعلامه
بذلك منعاً للبس الذى يمكن أن يقوم فيما لو ادعى البائع أنه وضع المبيع تحت
تصرف المشتري وادعى الآخر أن الوضع الذى اتخذه البائع لا يفهم منه أنه جعل
الشيء تحت تصرف المشتري . فاشترط المشرع أن يقوم البائع باعلام المشتري
بوضع المبيع تحت تصرفه .

ولم يشترط القانون فى هذا الاعلام أى شكل خاص أو حصوله بأى طريق
معين ، فيجوز حصوله شفويّاً أو كتابةً ، ويجوز أن يكون صراحةً أو دلالةً ،
ويكون اثباته وفقاً للقواعد العامة .

١٨٤ — (٢) طريقة التسليم — نصت المادة ٤٣٥ فى نهاية الفقرة
الأولى منها على أن « يحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء .
المبيع » (وهى تقابل المادة ٢٧٢ / ٣٤٣ مدنى قديم) .

والمقصود بذلك أن التسليم ، وهو كما عرفه المشرع وضع المبيع تحت تصرف
المشتري . . . ، لابد فيه من علامة مادية ظاهرة تدل عليه ، وأن هذه
العلامة المادية تختلف باختلاف طبيعة المبيع . فطريقة وضع العقار المبيع تحت
تصرف المشتري تختلف عن طريقة وضع المنقول المبيع تحت تصرفه ، وهذه
تختلف عن طريقة وضع الحقوق الشخصية تحت تصرف مشتريها .

وكان التقنين الملقى أيضاً ينص على أن « يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب
جنسها » (المادة ٢٧٢) ، ولكنه لم يكتف بذلك ، بل عرض لبيان طريقة
تسليم أنواع معينة من المبيعات فى المادتين ٢٧٢ / ٣٤٣ و ٢٧٣ / ٣٤٤ .

وإذا كان التقنين المدنى الحالى قد اكتفى بالنص فى المادة ٤٣٥ منه على أن
يحصل التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ، ولم يورد مايقابل
نص المادتين ٢٧٢ / ٣٤٣ و ٢٧٣ / ٣٤٤ ، فما ذلك الا لأنه رأى فى أحكام هاتين

المادتين تطبيقات وتفصيلات للبدأ الذي قرره يحسن تركهما لفطنة القاضى .
وبناء على ذلك لا مانع من أن يستأنس القاضى بأحكام هاتين المادتين من
التقنين الملقى للتعرف على طريقة التسليم التى تقتضيها طبيعة المبيع .

والمبيع اما أن يكون مالا مادياً عقاراً أو منقولاً ، واما أن يكون مالا
معنوياً أى حقاً مالياً غير حق الملكية .

فاذا كان عقاراً مادياً فان تسليمه يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ان كان من
المباني ، وبتسليم حججه ان كان من غير المباني ، على أن لا يكون مئة مايحول
دون وضع يد المشتري عليه (المادة ٢٧٢ فقرة أولى مدنى قديم) . فاذا كان
مدخل البناء مثلاً مطلقاً وعتوماً بالشمع الأحمر بأمر سلطة مختصة ، فان
تسليم مفاتيحه لا يعتبر تسليماً له^(١) .

واذا كان المبيع منقولاً مادياً فيكون تسليمه بالمناولة من يد الى يد أو بتسليم
مفاتيح المخزن الموضوع فيه ذلك المنقول (المادة ٢٧٢ / ٣٤٣ فقرة ثانية
مدنى قديم) .

واذا كان حقاً مالياً غير حق الملكية ، سواء كان حقاً عينياً كالانتفاع
أو الارتفاق ، أو حقاً ذهنياً كحق تأليف كتاب معين ، فيكون تسليمه
بتسليم سنداته ان كانت له سندات منشئة أو مثبتة لوجوده كالسند المنشئ
حق الانتفاع وسند الدين وبراة الاختراع ، والا فيترخيص البائع للمشتري
بالانتفاع بالحق المبيع ان لم يوجد ما يمنع هذا الانتفاع ، كافي بيع حق ارتفاق
أو بيع حق المؤلف فى إعادة طبع كتاب معين الخ . (المادة ٢٧٣ / ٣٤٤ مدنى
قديم) .

على أن المرجع الاصلى فى تعيين طريقة التسليم انما هو ارادة المتعاقدين ،

(١) فى هذا الحق نفس مدنى ٢٥ يونيه ١٩٥٩ مجموعة أحكام القضاء ١٠-١٩٩-٢٦٦ .

فاذا نصا في العقد على طريقة معينة وجب اتباعها ، والا وجب على البائع أن يسلك الطريقة التي تتفق مع طبيعة المبيع ، وكان للقاضي حق الرقابة على ملائمة الطريقة التي اختارها البائع لطبيعة المبيع .

وقد نصت المادة ٤٣٦ مدني على أنه : اذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم الا اذا وصل اليه ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

١٨٥ - التسليم القانوني والتسليم الحكي - تقدم أن القانون عرف التسليم بأنه وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول هذا عليه استيلاء مادياً . وظاهر أن هذا تعريف للتسليم بمعناه القانوني ، وأن هذا التسليم لا يحتاج الى التسليم الفعلي أى الى استيلاء المشتري استيلاء مادياً على المبيع . فمجرد وضع البائع المال المبيع تحت تصرف المشتري واعلامه بذلك يعتبر أنه قد وفى بالتزامه بتسليم المبيع ولا يجوز للمشتري أن يطالبه بتنفيذ هذا الالتزام استناداً الى أنه هو لم يتسلم المبيع ، ولا أن يرتب على ذلك اعتبار البائع محلاً بالتزامه اخلا لا يبرر طلب فسخ العقد أو الدفع بعدم التنفيذ . ومن باب أولى يكون الأمر كذلك اذا قام البائع بعرض المبيع على المشتري عرضاً حقيقياً (١) ، ولو لم يقبله المشتري مادام ليس لعدم قبوله سند قانوني . ولكن لا يعتبر وضعاً للبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته دون عائق مجرد عرض البائع استعداداً لتسليم المبيع على أن يوقع المشتري العقد النهائي لأن هذا العرض لا يتيح للمشتري حيازة المبيع دون عائق طالما أن البائع قد علق التسليم على شرط توقيع المشتري العقد النهائي (٢).

(١) أنظر محني مدني ١٣ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩-٢٠٤-٢٦٠ .

(٢) محني مدني ٨ نوفمبر ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣-٣-٩٩٢ وقد جاء فيه :
« متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع لم يوفِّ »

ويعتبر أيضاً من قبيل التسليم القانوني في هذا المعنى اعذار المشتري لتسلم المبيع ، فقد نصت المادة ٣٧٧ مدني على أنه : اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يرد للبائع فيه انقضى البيع واسترد المشتري الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع ، ، ومعنى ذلك أن مجرد اعذار المشتري لتسلم المبيع يعدل وضع المبيع تحت تصرفه ويترتب عليه ما يترتب على التسليم القانوني من نقل تبعه الهلاك الى المشتري .

أما اعذار المشتري فيكون بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، كما يجوز أن يكون مترتباً على وجود اتفاق في عقد البيع يتضي بأن يكون المشتري معذراً بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم دون حاجة الى أى اجراء آخر (المادة ٢١٩ مدني) ، فاذا لم يكن للتسليم أجل كان مستحقاً فور العقد واعتبر المشتري بموجب هذا الاتفاق معذراً لتسلم المبيع من وقت العقد ، أى أنه في هذه الحالة الأخيرة يعتبر التزام البائع بالتسليم قد تم تنفيذه بمجرد نشوئه أى بمجرد انقضاء العقد كما يتم تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع اذا كان منقولاً قيمياً مملوكاً للبائع . ويترتب على اعذار المشتري ما يترتب على التسليم القانوني من نقل تبعه الهلاك ومن عدم اجهزة طلب الفسخ والدفع بعدم التنفيذ .

وقد رأى المشرع إمكان الاستعاضة عن التسليم القانوني بتسليم حكوى يقوم مقامه ، فنصت المادة ٢٧٧/٣٤٣ فقرة ثالثة مدني قديم على أنه يجوز

«التزامه المترتبة على العقد - حتى وقت الحكم النهائي في الدعوى وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم البعثة المبيعة على أن يوقع المشتري على عقد البيع النهائي لا يرد عرضاً حقيقياً يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يقع استعداده لتسليم طلب تعيين حارس لحفظ البعثة المبيعة طبقاً لما توجبه المادة ٣٣٩ من القانون المدني ، ٧٩٢ من قانون المرافعات فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون » .

حصول التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين اذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع لسبب آخر ، ومعنى ذلك أنه اذا كان المبيع موجوداً من قبل البيع في حيازة المشتري الفعلية على سبيل الاجارة أو الوديعة أو العارية ، فإنه يكفي اتفاق الطرفين على انتهاء الاجارة أو الوديعة أو العارية وعلى اعتبار حيازة المشتري حاصلة من وقت البيع بسبب تملك المبيع ، فيقوم هذا الاتفاق في ذاته مقام التسليم القانونى .

وقد فلت التقنين الملقى أن ينص على حالة أخرى مشابهة لهذه الحالة تقع في الفرض العكسى ، وهو الفرض الذى يكون فيه المبيع فى حيازة بائعه فينتفىق التعاقدان فى عقد البيع على بقاءه فى حيازة البائع ولكن لاعتباره مالكا له بل على سبيل الاجارة أو الوديعة أو العارية ، فتتحول بذلك صفة حيازة البائع ويقوم ذلك مقام التسليم القانونى .

وقد نص التقنين المدنى الحالى على الحالتين معاً فى نص واحد ، اذ أجاز فى المادة ٤٣٥ : « أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين اذا كان المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » . وهذا النص ليس الا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى باب الحيازة حيث تنص المادة ٩٥٣ مدنى على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى اذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه فى الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده . ولكن لحساب نفسه ^(١) » ، ويخص من ذلك أن التسليم الحكى يكون بالاتفاق على تغيير سند الحيازة .

(١) وفى الفقه الاسلامى أن القبض نومات : قبض ضمان وقبض أمانة . أما قبض الضمان فهو الذى يكون فيه القابض ضامناً لما قبضه فيما لو هلك عنده ولو بأقاة سماوية كالمنسوب فى يد الناسب أو المبيع فى يد المشتري . أما قبض الأمانة فهو الذى لا يكون فيه القابض ضامناً لما قبضه الا فى حالة التمدى أو التصبير فى الحفظ كاللارىق فى يد المستير أو المأجور فى يد السائر . (٢٣٢ - بيع)

على أن هذا النوع من التسليم، لأنه في حالة الاكتفاء بتغيير سند حيازة البائع لا يكون له أى مظهر خارجي من شأنه اعلام الغير بحصول التسليم ، لا يفيد في التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولذلك اذا اتفق البائع والمشتري على أن يبقى المبيع المنقول في حيازة البائع على سبيل الوديعة أو العارية، ثم باع البائع هذا المنقول الى شخص آخر وسله اليه تسليفاً فعلياً فان المشتري الأول لا يجوز له أن يتمسك بحصول التسليم المحكى اليه ، بل يكون للمشتري الثاني أن يتمسك قبل الأول بحصول التسليم الفعلي اليه ، ويعتبر هو لا المشتري الأول مالك ذلك المنقول .

ولهذا السبب ذاته فانه في حالة البيع بالعينة لا يبيع التسليم القانوني أو التسليم المحكى للمشتري التحقق من مطابقة المبيع للعينة ، فلا مناص من تأخر ذلك الى حين التسليم الفعلي الذي يلى التسليم القانوني أو المحكى ، فيعتبر هذا التسليم الاخير مقترناً بشرط فاسخ هو ظهور عدم مطابقة المبيع للعينة عند التسليم الفعلي . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه وان كان البيع

==وهذان التوطأت لهما على درجة واحدة من القوة ، فالأول منهما وهو قبض الضمان أقوى من الثاني . والهاءة أن القبض الأقوى السابق ينوب على قبض ضعيف أو قوى لاحق . أما القبض الضعيف السابق فلا ينوب الا محل قبض ضعيف لاحق . وقد نصت المادة ٣٤٥ من مرشد الميراث على أنه « اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع بنصب أو عقد فاسد ، فاشتراها من المالك ينوب القبض الأول عن الثاني .

واذا كان البيع في يد المشتري طرية أو ودية أو رهنا ، فلا يصير قابضاً بمجرد العقد الا أن يكون البيع بمحضره أو يذهب اليه حتى يتمكن من قبضه » .

وقد أغفل القانون المراق في المادة ٣٩٩ الأخذ بهذه التفرقة بين نوعي الضمان فاعتبرهما على قدم المساواة حيث نص على أنه اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة (انظر وحيد الدين سرار في التعبير عن الاوادة ، في الفقه الاسلامي ، رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٦٠ ص ١٦ و١٧) .

F. O B. يتضمن أن يتم التسليم في ميناء الشحن ضمن البضاعة إلا أن هذا التسليم المادى الذى يحصل في ميناء الشحن لا يتعارض مع حق المشتري في التحقق من مطابقة البضاعة المبيعة للمينة المتفق عليها بينه وبين البائع عقب وصول البضاعة الى ميناء الوصول^(١).

١٨٦ - (٣) محل هوئزاسم بالتسليم - يلتزم البائع بتسليم المبيع وملحقاته ، فيجب أن نعين الحال التي يجب تسليم المبيع عليها وأن نبين -كم ما يطرأ على مقداره من نقص أو زيادة وأن نحدد ما يعتبر من ملحقاته واجبة التسليم معه .

١٨٧ - (١) المبيع ذاته : الحال التي يجب تسليم عليها - يلتزم البائع بتسليم المبيع بالحالة والأوصاف التي تم الاتفاق عليها .

فإذا لم ينص الاتفاق على الحالة التي يجب تسليم المبيع عليها وجب اتباع القواعد الآتية :

إذا كان المبيع قيمياً ، وجب تسليمه بالحالة التي كان عليها وقت البيع (المادة ٤٣١ مدنى) ، ذلك أن من شروط انعقاد البيع تعيين المبيع في العقد ، فإذا كان المبيع قيمياً فإن تعيينه يكون بصفاته وحالته التي هو عليها وقت العقد ما لم يتفق الماقدان على ادخال تعديلات عليه قبل تسليمه^(٢) . وما دام البائع قد التزم وقت العقد بتسليم المبيع الذى عين بهذه الصفات وتلك الحالة ، فإن التزامه بتسليمه يفرض عليه واجب المحافظة عليه بالحالة التي كان عليها وقت نشوء هذا الالتزام إلى أن يتم التسليم (المادة ٢٠٦ مدنى) . ويتعين مدى هذا الواجب بمقياس الرجل العادى وفقاً للمادة ٢١١ مدنى ، ويخلص البائع

(١) محمى مدنى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام المجلى ٩ - ٦٩٩ - ٩٠ .

(٢) الشهورى في الوسيط ج ٤ بقة ٢٩٤ .

من هذا الالتزام متى أثبت أنه بطل في المحافظة على المبيع عناية الرجل العادى .
فلذا كان المبيع قد هلك رغم ذلك ، تحمل البائع تبعه هلاكه اذا وقع في الفترة
ما بين العقد والتسليم ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف راجع الى خطأ المشتري
(انظر المادتين ٤٣٧ و ٤٣٨ مدنى) .

واذا كان المبيع مثلياً ، فلما أن يكون البيع قد تم على أساس عينه ، وامان
يكون تم بغير ذلك .

وقد نصت المادة ٤٢٠ مدنى على أنه اذا كان البيع بالعينة وجب أن
يكون المبيع مطابقاً لها . واذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين
ولو دون خطأ ، كان على هذا المتعاقد بالعمى أو مشترياً أن يثبت أن الشيء
مطابق للعينة أو غير مطابق .

فلذا كانت العينة موجودة وقت تسليم المبيع ، وجب أن يكون محل التسليم
مطابقاً لها ، والاجاز للمشتري أن يرفض تسليم المبيع ، وحق له أن يفسخ
البيع لعدم قيام البائع بالترامه^(١) . ويدخل تقدير مطابقة المبيع للعينة في سلطة

(١) نفس مدنى ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠-٥٦٧-٨٦ ولد جاء
فيه أن المادة ٤٢٠ من القانون المدنى تنص على أنه اذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون
المبيع مطابقاً لها . ودوئى ذلك أن يقع على حاقق البائع الالتزام بتسليم شيء مطابق لعينة
المبيع عليها ، فاذا لم يثبت بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشتري بأداء المقابل وهو المثل ،
وأن المادة ٣٤ من القرار الوزارى رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتنظيم التعامل بالجملة في
سوق الجبل بالاسكندرية تنص على أن « تحصل الزايدة في كل رسالة بالمكان الذى توجد
بيده على أساس البيانات التى تستخرج طبقاً لأحكام هذا القرار » ، ولا يأتى من ذلك - للنص
أن المبيع . وقد أصبح معلوماً للمشتري بمعايته اياه فانه يتمتع عليه بعد ذلك ادعاء أن البيع
كان يما « بالعينة » ذلك أنه وأن كان المشتري يتردد حالاً بالمبيع علماً كائناً باطلاعه
على البنية الا أنه يستحق مطالبة محتويات الرسالة أو الرسائل لعينات المستخرجة منها . فاذا
تبين عدم تطابقها لما كان المشتري قد حل من الوفاء بالترامه بالتين (راجع أيضاً ما هدم
في نية ٧٨) .

قاضي الموضوع المطلقة (١) .

على أنه إذا أبرز العينة من أودعت عنده وأنكرها الطرف الآخر، تعين قبل البحث في مطابقة محل التسليم لها ، إثبات ذاتيتها ، ويكون ذلك خاضعاً للقواعد العامة في الإثبات . ويجوز أن يتخذ القاضي من اتفاق العاقدین على ايداع العينة عند أحدهما قرينة قضائية على صدق من يبرز العينة إذا ثبت أنه هو الذي أودعت عنده أى أنه هو الذى أوّمن على حفظها (٢) .

أما إذا تلفت العينة أو هلكت . فاما أن يقع ذلك في يد المشتري وهو الطالب ، واما أن يقع في يد البائع .

فان كانت الاولى وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة ، وجب عليه اثبات ذلك ، سواء أ كان تلف العينة أو هلاكها في يده راجعاً الى خطئه ، أم كان راجعاً الى سبب أجنبي عنه ، لأن ايداع العينة عنده يلقى عليه عبء ابرازها لمطابقة المبيع عليها عند التسليم ، فان عجز عن ذلك ولو كان عجزه راجعاً الى سبب أجنبي ، فليس له أن يلقى على البائع عبء اثبات مطابقة محل التسليم للعينة ، ويكون له أن يثبت عدم المطابقة بجميع الطرق بما في ذلك العينة .

وان كانت الثانية وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق للعينة ، وجب على البائع أن يثبت المطابقة ولو كان هلاك العينة أو تلفها دون خطأ منه .

(١) نفس مدني ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ بمجموعة أحكام التفسير ١٠-٦٥٩-٩٩ وقد جاء فيه أنه اذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بحسم العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأمر بحسمها عن مطالبة البضاعة للعينة في خصائصها التي رأت أن المتعاقدين قصدوا بها ، فليس في استظهارها في هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما يفي بالمطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير في هذا الصدد الى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروفاً لا يؤبه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة .

(٢) قانون المادة ٢٢٢ سويسري وأنظر مجموعة الأعمال التوضيحية للتشريع الفدني الحالي

اذ أن إيداع العينة عنده يلقى عليه هو عبء اثبات مطابقة المبيع لها .

أما اذا كان بيع التخليلات دون عينة ، فالواجب على البائع أن يسلم القدر المتفق عليه من صنف متوسط وفقاً للمادة ١٣٣ مدني ، لا من صنف جيد حتى لا يظن البائع ، ولا من صنف ردي حتى لا يظن المشتري (١) .

وإذا تم التسليم دون تحفظ من جانب المشتري ، اعتبر أن المبيع حصل تسليمه بالحالة الواجبة (٢) .

وإذا اعترض المشتري وقت التسليم بأن المبيع ليس بالحالة الواجبة . كان على البائع عبء اثبات أن المبيع لم يتغير حاله عما كان عليه وقت البيع ان كان قيمياً ، أو أنه من الصنف المتفق عليه أو من صنف متوسط أو مطابق للمينة ان كان من التخليلات لأنه باعتباره مدينا بالالتزام بالتسليم يقع عليه عبء اثبات براءته من هذا الالتزام .

فاذا عجز البائع عن اثبات ذلك ، أو ثبت أن المبيع ليس عند التسليم بالحالة الواجبة وتضرر المشتري من ذلك . كان البائع مسئولاً عن اختلاف حالة المبيع ما لم يثبت أن هذا الاختلاف راجع الى سبب اجنبي عنه كالقوة القاهرة أو خطأ المشتري نفسه . فإن كان ذلك السبب الاجنبي خطأ شخص آخر مسئول كالمشتري مثلاً ، برئت ذمة البائع وتحمل ذلك الشخص نتيجة التغير الضار بحالة المبيع والا اعتبر هذا التغير الضار من قبيل الهلاك الجزئي الذي يقع قضاء وقدرًا . وكانت تبعته على البائع طالما أنه قد حدث قبل التسليم وذلك طبقاً للقاعدة المقررة في القانون المصري من أن الهلاك

(١) الشهورى في الوسيط ج٤ نبذة ٢٩٤ ص ٥٦١ .

(٢) الشهورى في الموضع السابق جلد ٢ ، وأيضاً نبذة ٢٩٥ .

على المدين قبل التسليم (١) .

وان كان التغير نافعا ، فزيادة القيمة من حق المشتري طالما أنها ليست راجعة الى فعل البائع نفسه . أما ان كانت راجعة الى فعله فيطبق عليها حكم البناء في ملك الغير بسوء نية ، لأن البائع بعد أن باع يكون طالما أنه يبنى في مال تعهد بنقل ملكيته الى المشتري (٢) .

١٨٨ - المقرر واجب التسليم - اذا عين في العقد مقدار المبيع ، وجب على البائع أن يسلم المبيع بمقداره أو بوزنه أو مقياسه المبين له في العقد (المادة ٢٩٠/٣٦٣ مدني قليم) .

(١) قارن السهوري في الوسيط ج ٤ ص ٥٦٣ حيث يقول « وإذا كان للتغير الضار المشتري قد وقع بموّة فاهرة أو بمحادث لحائي ، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذي قدمناه ، لأن التزامه بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول ، ويصير خلا هذا الالتزام اذا لم يسله بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبي » . ويلاحظ على قوله أن البائع يظل مسئولاً عن التغير الضار الذي يحدث بموّة فاهرة استناداً الى أن التزامه بتحقيق غاية أنه لا يتفق مع البساطة المسئلة من أن المدين لا يسأل عن عدم الوفاء الراجع الى سبب أجنبي عنه (المادة ٢١٥ مدني) ، وفذلك سواء كان التزامه بتحقيق غاية أو يذل عنابة ، لأنه اذا كان عدم تحقق الغاية يمثل خطأ عقدياً ثابتاً ، فإن ثبوت حدوث ذلك بموّة فاهرة يحمل هذه القوة القاهرة على الجيب في عدم الوفاء الضار بالمدين وبالتالي يبنى علاقة السببية اللازم توافرها لسالة المدين من عدم الوفاء. (رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٩٦ و٩٧ وقد أشار إليها في هذا الخصوص الأستاذ السهوري نفسه في الوسيط ج ١ ط ٢ هامش ٢ من ص ٧٣٩ واحمد الرأي الذي نقول به وأيدناه فيه في خلافتنا بهذا الشأن مع الأستاذين هنري وليون ملازو) .

وقد جرى قضاء محكمة النقض بما يؤيد رأينا حيث قررت أن أمين نقل الركاب يلتزم بضمان سلامة الراكب بمعنى أن يكون ملتزماً بضمان توصيله الى الجهة التي اتفق عليها سلباً وهو التزام بتحقيق غاية . ولا ترفع مسؤولية الناقل عن اصابة الراكب في أثناء النقل الا اذا أثبت أن الضرر الحاصل للراكب قد نشأ عن قوة فاهرة أو عن خطأ من المشور أو عن خطأ من الغير (نقض مدني ٢٦ أبريل ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض ١٣ - ٥٢٢ - ٧٩ ، وأيضاً ٢٧ يناير ١٩٦٦ بمجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٩٩ - ٢٦) .

(٢) راجع هذه الأحكام في كتابتنا في عقد الايجار طبعه سنة ١٩٦٨ بصفة ٢٢٥ و ٢٢٥ مكررات ص ٤٧٧ وما بعدها

فاذا ظهر في المبيع عند تسليمه عجز أو زيادة ، وجب الرجوع في حكمه الى قصد العاقلين بشأنه وقت العقد ان أمكن تبينه ، والا قالى الأحكام المقررة التي وضعها المشرع في هذا الشأن . وقد كان التقنين الملقى يتضمن أحكاماً مفصلة في هذا الموضوع ، أما التقنين الحالي فقد اجتزأ منها ببعضها .

١٨٩- في التقنين الملقى - كان التقنين الملقى يخص هذا الموضوع بخمس مواد (٢٩٠ - ٢٩٤ / ٣٦٣ - ٣٦٩) ويترك في بيع الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبويض (المادة ٢٩١ / ٣٦٤ و ٣٦٥) وما يضره (المادة ٢٩٢ / ٣٦٦)^(١) .

(١) فاذا كان المبيع مما لا يضره التبويض كما في بيع الأرض الزراعية أو قطعة قماش معينة ، فإن تحديد ثمنه اما أن يكون بسعر الوحدة ، واما أن يكون جملة .

ففي الحالة الأولى اذا وجدت بالمبيع عند تسليمه زيادة عن القدر المعين في العقد ، فهي للبائع وليس له أن يجبر المشتري على أخذها بما يقابلها من زيادة في الثمن ، وليس للمشتري أن يجبر البائع على تركها له بثمنها . واذا ظهر بالمبيع عجز ، كان للمشتري الخيار بين فسخ البيع أو ابقائه مع نقص الثمن بمقدار العجز (المادة ٢٩١ / ٣٦٤ و ٣٦٥) .

أما الحالة الثانية فلم يرد في شأنها نص ، وكان الراجع أنه لا يترتب فيها أثر على وجود عجز أو زيادة في المبيع عن القدر الذي عين في العقد لأن

(١) ويؤخذ من مجموع هذه النصوص أن المقصود بها الأشياء المتلبة اذا عينت بطروف من الزمان والمكان تجعلها معينة بالذات حيث يقول النص الفرنسي للمادة ٢٩١ :
« Dans la vente en bloc des choses qui peuvent se remplacer ... »

تعيين الثمن جملة يرجح أن ذكر القدر في العقد لم يكن الا على وجه التقريب وأنه من قبيل الوصف الذي لا يقابله شيء من الثمن .

(ب) أما اذا كان المبيع مما يضرة التبعيض كقطعة أرض لاقامة بناء ، فان كان ثمنه محددًا بسعر الوحدة ، ووجد فيه عجز أو زيادة ، كان للمشتري الخيار بين فسخ العقد أو أخذ المبيع دون تبعيضه بما يقابله من الثمن على أساس سعر الوحدة (المادة ٢٩٢ / ٣٦٦ فقرة أولى) .

وان كان الثمن قد حدد جملة ، وظهر بالمبيع عجز أو زيادة ، كان للمشتري الخيار بين فسخ العقد أو ابقائه بالثمن المسمى ، دون نقص أو زيادة بنسبة العجز أو الزيادة في المبيع (المادة ٢٩٢ / ٣٦٦ فقرة ثانية) .

وفي جميع الاحوال التي يثبت فيها للمشتري خيار الفسخ ، لا يجوز له ان يختاره الا اذا كانت قيمة العجز أو الزيادة تجاوز ١ / ٢٠ من الثمن المسمى (المادة ٢٩٣ / ٣٦٧) .

وقد نصت المادة ٢٩٦ / ٣٧٠ على أن يسقط حق المشتري في الفسخ ، وكذلك حقه في طلب نقص الثمن وحق البائع في طلب زيادة الثمن بانقضاء سنة من تاريخ العقد . غير أن المحاكم قضت بأنه اذا لم يكن محددًا للتسليم أجل تال للعقد أو تأخر التسليم بالفعل عن تاريخ العقد ، فتبدأ مدة السنة من تاريخ التسليم^(١) . وقد حكم بأنه اذا اتفق الطرفان على أن يحتجز المشتري جزءاً من الثمن الى حين التحقق من أن ما سلم اليه لا ينقص عن القدر المتفق عليه فان ميعاد السنة الذي يسقط به حقه في طلب نقص الثمن بسبب العجز لا يسرى الا من تاريخ حصول الاجراء الذي يتم به التحقق من ذلك^(٢) ، وبأنه اذا عين ميعاد في العقد لمقاس المبيع قبل التسليم ، فان مدة السنة تبدأ

(١) المحل - السكري الجزئية ٧٨ يناير ١٩٣٩ الحاماة ٧٠ - ١٢٤٣ - ٥٢٠ ،
وأيضاً استئناف مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٣٨ الحاماة ٧٠ - ٣٠٧ - ١١٧ ، ٢٥ نوفمبر
١٩٣١ الحاماة ١٢ - ٦١٩ - ٣١٤ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٣٨ الحاماة ٢٠ - ٣٠٧ - ١١٧ .

من التاريخ الذى أجرى فيه المقاس بنقض النظر عن التاريخ الذى حصل فيه التسليم^(١).

وقد ترددت المحاكم فى تكييف مدة السنة التى تسقط بها هذه الدعاوى فقضت بعضها بأنها تعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم^(٢)، ولكن الكثرة اعتبرتها مدة تقادم.

١٩٠ - فى التقنين المرنى الحالى - استعاض التقنين الحالى عن خمس المواد التى خصصها التقنين الملقى لهذا الموضوع بمادة واحدة هى المادة ٤٣٣ مدنى ونص فيها على ما يأتى :

١ - إذا عين فى العقد مقدار المبيع^(٣) كان البائع مسئولاً عن نقص هذا

(١) استئناف مخطط ٦ مايو ١٩١٥ (٢٧ ص ٣١٦).

(٢) استئناف مصر ١٦ أبريل ١٩٣٠ المجلد ١٠-٨٦٥-٤٣٦، ولكنها نصت بأنه إذا صادف اليوم الأخير من السنة صلة رسمية، امتد الأجل إلى اليوم التالى (استئناف مصر ٢٥ نوفمبر ١٩٣١ المجلد ١٢-٦١٩-٣١٤).

(٣) كان أصل هذه العبارة فى المادة ٤٤٦ من المشروع النهاى لتقنين المدنى أنه إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين، كان مسئولاً .. الخ ، فاستبدلت بها عبارة التقنين الحالى حتى يكون مفهوماً أنه ليس ضرورياً وجود شرط ضمان فى العقد وأنه يمكن مجرد تحديد مقدار المبيع . وهذا يدل بانه على أن المقصود بالأحكام الواردة فى المادة ٤٣٣ من القانون حالة المبيع المعين بالقياس أو المثل المبيع جزاءاً لأن هذه الحالة هى التى تشمل ذكر مقدار المبيع وعدم ذكره . أما فى بيع التعليلات دون أن يكون البيع جزاءاً فلا بد من تعيين المبيع بمقداره ، ويلزم البائع بتسليم المقدار المتفق عليه دون ضمان أو زيادة ولا يحتاج الأمر فيه إلى أحكام خاصة بشأن تسليم المبيع من حيث مقداره . ولذلك يمكن القول بأن أحكام المادة ٣٣ ، لا تنطبق فى حالة بيع التعليلات المدروسة بالوزن أو العدد أو المقاس الخ . وما يؤيد ذلك أن النص يتحدث عن المبيع غير المتقابل لتعيينه وهذا لا يصدق إلا على المبيع جزاءاً أو على المعين بالذات كبيع سفار أو قلعة قلنس مينة أو محصول أرض محددة الخ ، وبصرف ذكر مقدار المبيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن تطبيق نص المادة ٤٣٤ مدنى فى حالة الادعاء بوجود عجز =

القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه لا يجوز للشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع الا اذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد .

٢ - أما اذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري اذا كان المبيع غير قابل للتبعض أن يكمل الثمن ، الا اذا كانت الزيادة جسيمة ، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه .

ويخلص من هذا النص أنه يفرق بين حالتى العجز والزيادة في المبيع، وأنه في حالة العجز ، يكتفى بإجراء حكم القواعد العامة مع مراعاة ما يقضى به العرف ، وقد يقضى بالمجازاة عن قدر مسموح به زيادة أو نقصاً ، ما لم يتفق الطرفان على ما يخالفه . وحكم القواعد العامة أنه اذا وجد في المبيع عجز عن القدر المتفق عليه ، كان للشترى أن يفسخ اذا كان العجز جسيماً بحيث يصبح تنفيذ العقد لا يحقق قصده من الشراء (ولا يشترط أن يكون العجز واحداً على عشرين كما كان الأمر في التقنين الملقى) ، أو أن يطلب تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب هذا العجز بعد اثبات هذا الضرر . وليس من الضروري أن يكون هذا التعويض بقدر قيمة العجز بل قد يزيد أو ينقص عن هذه القيمة تبعاً لقيمة الأضرار التى لحقت به بسبب ذلك العجز^(١) ، فان لم يكن قد دفع الثمن جاز له أن ينضم منه قيمة التعويض الذى يحكم له به ، وان كان قد دفعه جاز له المطالبة بقيمة التعويض .

واذا وجد في العقد اتفاق على أن يقدر التعويض في حالة العجز بمقدار

== في المبيع عليه أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات معلن أو قدر معين ولم يتم البيع بالتسليم على النحو الذى ألزم به بأن سلم المبيع أقل قدرأ مما هو متفق عليه (ضمن مدني أول فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام التقس ١٧-٢٠٥-٢٧) .

(١) السنهوري في الوسيط ج٤ ص ٥٧٧ .

فرق السعر عن الكمية التي لا يوردها البائع ، فإن هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين بمجرد وجود عجز فيما تم تسليمه ، فلا يكلف المشتري باثباته ويقع على عاتق البائع في هذه الحالة عبء اثبات انتفاء الضرر تطبيقاً لأحكام الشرط الجزائي^(١) .

وبلاحظ أن التقنين الحالي لم يفرق في هذه الحالة بين ما إذا كان المبيع يضره التبعض أو لا يضره ، ولا بين ما إذا كان الثمن محددًا بسعر الوحدة أو مقدراً بجملة واحدة . فتمسرى الأحكام المتقدمة سواء أكان المبيع أطيافاً أو أراضي أو أقشة أم كان غلالاً أو مزارعاً ، وسواء أكان ثمنه قد عين بجملة أم كان قد عين بسعر الوحدة .

أما في حالة زيادة المبيع ، فقد أخذ التقنين الحالي بهاتين التفرقتين كما كان يأخذ بهما التقنين الملغى .

فإذا كان الثمن معيناً بسعر الوحدة ، فإن كان المبيع يضره التبعض وجب على المشتري أخذ المبيع كله ودفع ما يقابل الزيادة إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له الفسخ (ولا يشترط أن تكون الزيادة أكثر من واحد على عشرين كما كان الأمر في التقنين الملغى) ، وليس للبائع أن يعترض على ذلك . وإن كان المبيع لا يضره التبعض ، فإن الزيادة تكون ملكاً للبائع ولا يجبر المشتري على أخذها في مقابل زيادة الثمن بقدر قيمتها ، كما أن البائع لا يجبر على تركها في مقابل قيمتها بحسب سعر البيع .

ولم يعرض النص لحكم زيادة المبيع في الحالة التي يكون فيها الثمن معيناً بجملة واحدة ، فيرجع في شأنه إلى قصد الماعدين والقواعد العامة . ويؤخذ من ذكر الماعدين مقدار المبيع مع تعيين الثمن بجملة واحدة ، أن ذكرهما المقدار إنما هو على وجه التقريب ، فلا يكون للزيادة فيه أثر على البيع

(٣) غنى مدني ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠-٦٤١-٩٧ .

ومثله ، أى أن البيع يبق ولا يطالب المشتري بزيادة فى الثمن^(١) .

يبين من ذلك أن العبرة فى استحقاق البائع زيادة فى الثمن مقابل الزيادة فى المبيع أو عدمه هى بكون الثمن مقدراً بـسر الوحدة أو مقدراً بـجملة . ويلاحظ أن هذه الأحكام جميعاً أحكام مقررة لارادة الطرفين لا تسرى الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها . ولذلك فهى تعتبر بمثابة الأحكام المنفق عليها فى العقد فلا تسرى أحكام التقنين الحالى الا على العقود التى أبرمت منذ تاريخ العمل به أى ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ، أما العقود السابقة على ذلك فتسرى عليها أحكام التقنين الملغى^(٢) (المادة ٧/٢ مدنى) .

وقدر أى واضعو التقنين الحالى أن سريان مدة سقوط الدعاوى الناشئة عن العجز أو الزيادة فى المبيع ابتداء من تاريخ العقد ، لا يتفق مع العدالة لأن هذه المدة قصيرة وقد تنقضى قبل أن يتكشف العجز أو الزيادة فى المبيع . فتسقط تلك الدعاوى قبل أن يعلم ذوو الشأن بثبوت خفهم فيها ، لذلك نصوا فى المادة ٤٣٤ على أن هذه الدعاوى تسقط اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً ، كما قضت بذلك المحاكم فى ظل التقنين الملغى لامن وقت العقد كما كانت تنص عليه المادة ٢٩٦/٣٧١ من ذلك التقنين . وبسرى ذلك على جميع الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة فى مقدار المبيع ، سواء فى ذلك دعاوى المشتري بطلب نقص الثمن أو بطلب الفسخ ودعاوى البائع بطلب تكملة الثمن .

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التهنيدى فى هذا الشأن « أنه اذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً بـجملة واحدة ، فالنائب أن المتنازعين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعلن . وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يجال به من الثمن . ولذلك يبق البيع ولا يطالب المشتري بزيادة فى الثمن الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك » (مجموعة الأعمال التمهيدية ج ٤ ص ٦١) .

(٢) فى هذا المعنى السهوى ج ٤ ص ٥٧٧ هامش ٢ .

وظاهر أن المشرع قد عني بالنصر على أن يبدأ مريان مدة السنة من وقت التسليم الفعلي ، فلا عبرة في ذلك بالتسليم القانوني ، لأن التسليم الفعلي هو وحده الذي يهيء للمشتري وللبيع كشف حقيقة العجز أو الزيادة في المبيع (١).

ويجب لقطع مدة السنة أن ترفع الدعوى بالمطالبة بالمجز أو بقيمة الزيادة في خلالها ولا يكفي مجرد الانتذار (٢).

ولا تسرى أحكام الوقف على هذا التقادم (المادة ٢/٣٨٢ مدني).
ولا يجوز الاتفاق على اطالة مدته أو على نقصها ولا على النزول عن التقادم قبل كشف العجز أو الزيادة التي تنشأ الدعوى بسببها (المادة ١/٣٨٨ مدني).

ويجوز الدفع بهذا التقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٣).

ويجوز النزول عن أي من هذه الدعاوى الثلاث صراحة أو ضمناً ، ويعتبر نزولاً ضمناً عن دعوى نقص الثمن ودعوى الفسخ وضع يد المشتري على المبيع دون تحفظ بعد علمه بالعجز (٤). وإذا نزل البائع عن دعوى تكملة الثمن بنسبة زيادة المبيع سقطت تبعاً لذلك دعوى الفسخ التي يخولها القانون المشتري في حالة الزيادة في المبيع لأن الفرض منها تجنب المشتري التزامه بزيادة الثمن ، فتتعلم علتها بنزول البائع عن حقه في الزيادة (٥).

(١) في هذا المثل الشهوري في الوسيط ج٤ ص ٥٧٦ .

(٢) المحل اسكيري الجزئية ٢٨ يناير ١٩٣٩ المضافة ٢٠ - ١٢٤٢ - ٥٧٠ .

(٣) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر ١٩١٧ المجموعة ١٩ - ٣٩ - ٢٦ .

(٤) أمام نبة ١٩٠ ص ٣٢٤ ، أتور سلطان نبة ٢١٥ ، الشهر. ري ج٤ ص ٥٧٦ .

في الخامس .

(٥) الشهوري في الوسيط ج٤ ص ٥٧٦ هامش ١ .

١٩١ - (ب) ملحقات المبيع - لا يقتصر الالتزام بالتسليم على المبيع ذاته . بل يشمل أيضاً ملحقاته ، وقد نصت المادة ٤٣٢ مدنى على أن « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . والأصل أن ملحقات المبيع تعين حسب قصد المتعاقدين ، فإذا لم يوجد اتفاق بينهما على ذلك ، عينت الملحقات حسب طبيعة الشيء أو وفقاً لعرف الجهة . وبمجرد أن الملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء ، والحقوق المرتبة لخدمته كحقوق الارتفاق الإيجابية ، والحقوق والدعاوى المتعلقة به كحق ضمان العيوب الخفية ودعوى ضمان الاستحقاق ودعوى نقص الثمن بسبب العجز .

وكان التقنين الملقى ينص على بعض أحوال بين فيها ما يعتبر من الملحقات بحسب طبيعة الشيء عند عدم الاتفاق وعدم العرف (المواد ٢٨٥ - ٢٨٩ / ٣٥٨ - ٣٦٢) ، وقد نهج مشروع تنقيح القانون المدنى هذا النهج أول الأمر (فى المادة ٥٧٢ فقرة ثانية منه) ، ولكن عدل عن ذلك فى المشروع النهائى ، غير أن هذه الأحوال وتلك يجوز الاستئناس بها باعتبارها أمثلة لما يعتبر من ملحقات المبيع .

فتلا بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به كالأفران المثبتة فى المطابخ والمغاسل المثبتة فى الحمامات ، ولا يشمل منقولا يمكن فصله دون تلف كالمرايا غير المثبتة والثريات المعلقة .

وبيع الأرض الزراعية لا يشمل ما تنضج من المحصول ولكن يشمل ما لم ينضج منه .

وبيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مفروسة ولا يشمل الثمار الناضجة ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل .

وبيع البقرة الحلوب ويشمل ولدها الرضيع ، وبيع الجيوان بوجه عام يشمل الصغار التي يرضعها كما يشمل الصوف والشعر المبدأ للجز .

وقد نصت المادة ٤٠٨ فقرة ثانية مدنى على أن المشتري ثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع ، ونصت محكمة النقض بأن ثمار المبيع أثر من آثار عقد البيع ، وهى للمشتري من وقت تمام البيع (١) ، فيحق له مطالبته البائع بتسليمها اليه (٢) .

١٩٢ - (٤) الوقت الذى يجب فيه التسليم - يجب تسليم المبيع فى الوقت الذى عينه المتعاقدان لذلك ، فإذا لم يعينا هذا الوقت وجب التسليم وفقاً للمادة ٣٤٦ فقرة أولى مدنى فى الوقت الذى يتم فيه العقد .

(١) غنى مدنى ٢٥ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٣-١١٥٩-١٨٤ وكانت تنص بذلك حتى فى ظل القانون القديم (١٠ ديسمبر ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ١ - ٢٦-١٦ وقد جاء فيه أنه من المقرر قانوناً أن المشتري قد انتقلت اليه ملكية المبيع بموجب عقد البيع - له الحق فى استغلال العين المبيعة والانضاع بشرتها من تاريخ البيع الا اذا اشترط فى العقد غير ذلك . ووجود عقد اجارة ثابت التاريخ قبل البيع ليس من شأنه أن يحسم هذا الحق ، ولو كان المشتري يعلم بالاجارة وقت العراء ، وإنما ينظر فى أمر الثمرة . فإذا كان المتأجر قد احتفظ بها فليس له أن يؤذيها للمشتري . وأما اذا كان قد أداها الى البائع فانه يكون له أداها لغير ذى حق ، ويجب فى هذه الحالة على البائع أن يرد ما استولى عليه منها الى المشتري) .

(٢) ويرى الأستاذ السهوى بين ملحقات المبيع وبين ثمانية وعشاره ومتجاته ، ويرى أن ملحقات المبيع هى ما ليس جزءاً فيه ولا تابعاً له ، وإنما هى أشياء أضيفت اليه وأعدت بصفة داعة لحتمته . فيستبر أن حديقة البار وسوره جزء منه لا ملحقة به ، وأن تمام المبنى يدخل فى أصله لا فى ملحقاته ، وأن متجات المبنى غير الدورية لا تدخل فى أصله ولا تعد من ملحقاته وكذلك ثمار المبنى الدورية (انظر التعليقات التى أوردتها سيادته لذلك فى الوسيط ج ٤ نذرة ٣٠٣) ، ويبدو أنه يقصد أن التزام البائع بالتسليم يقتضى العقد يشمل أصل المبنى بكامل أجزائه وملحقاته ولا يشمل ثمار المبنى ومتجاته . اما هذه فيتم بتسليمها لا يقتضى عقد البيع بل نتيجة لسكونها بنوعها بعد البيع تدخل مباشرة فى ملك المشتري بناء على نص المادة ٢٤٠-٢ مدنى ، فيكون من حق المشتري باعتباره مالكا لها أن يسترد منها من البائع فيتم هذا بتسليمها اليه . ونحن مع تسليمنا بهذه الفترقة لانرى لها ثمة مادام معلما ان البائع يترتب بتسليم المبيع بكافة أجزائه وملحقاته وعشاره وعشاره ومتجاته .

على أنه إذا كان العرف أو طبيعة المبيع تستلزم معنى مدة من وقت العقد لأجراء التسليم ، فيعتبر التسليم واجباً من وقت انقضاء هذه المدة. وكذلك إذا أمهل البائع في تسليم المبيع الى وقت معين تطبيقاً للمادة ٢/٣٤٦ مدني كما لو كان المبيع سلعة مستوردة وتأخر ورودها لظروف تشفع للبائع في التأخير.

١٩٣ - من البائع في حبس المبيع - متى حل الوقت الذي يجب فيه تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يطالب البائع بالتسليم ، ولو كان لم يدفع الثمن طالما أن الثمن مؤجل ولم يسقط حق المشتري في الأجل .
أما ان كان الثمن وقت مطالبة المشتري البائع بالتسليم حالاً كله أو بعضه جاز للبائع أن يرفض التسليم (١) وأن يحبس المبيع الى أن يستوفي المبلغ المستحق له من أصل وفوائد (٢) ، ولو حصل المشتري على نظرة الميسرة (٣) (المادة ٢/٣٤٦) . وقد نصت المادة ٤٥٩ فقرة أولى مدني على أن البائع يجوز له أن يحبس المبيع في هذه الحالة ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، وذلك لأن الرهن أو الكفالة لا يفيضان البائع عن حصوله على الثمن الذي صار مستحقاً له .

وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل للمشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ مدني ، أي لشهر أفلاس المشتري أو شهر اعساره أو لاضعافه التأمينات المقدمة للبائع أو لعدم تقديمه التأمينات التي وعد في عقد البيع بتقديمها (المادة ٤٥٩ فقرة ثانية مدني) .
غير أنه في هذه الأحوال يجوز للمشتري أن يطالب بالتسليم إذا هو قدم رهناً أو كفالة تأميناً لدفع الثمن عند حلول أجله ، لأن البائع لم يكن قد حان موعد

(١) انظر حكم ائتميرة الاسلامية في ذلك في رسالة عبد الهادي الطائي في حق الحبس باريس ١٩٥٨ ص ١٩٦ وما بعدها .

(٢) السهوري في الوسيط ج ٤ ف ٤ ص ٨٠٧ .

(٣) السهوري في الوسيط ج ٤ ص ٨٠٦ .

استحقاقه الثمن وانما أعطى الحق في الحبس ضماناً لحصوله على الثمن ، فاذا قدم له تأمين كاف سقط المسوغ للحبس .

والحق في حبس المبيع حق غير قابل للتجزئة ، فليس للمشتري اذا دفع جزءاً من الثمن الذى حل أن يطلب البائع بتسليمه جزءاً يقابله من المبيع ولو كان المبيع جملة أشياء عين لكل منها ثمنه ، مادامت قد بيعت كلها صفقة واحدة^(١) .

ويشمل الحق في الحبس أصل المبيع ونماءه وثماره الناتجة منه بعد البيع . وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه اياه وفقاً لأحكام رهن الحياة في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد ويقدم حساباً عن غلته (المادتان ٢٤٧ و ١١٠٣ مدنى) لأن حبس المبيع لا يبنى استحقاق المشتري ثماره . وإذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري مالم يكن قد حدث بفعل البائع فيكون عليه لا على المشتري (المادة ٤٦٠) .

وإذا استعمل البائع حقه في حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن ، فليس للمشتري أن يستولى على المبيع دون إذن البائع . فاذا فعل كان للبائع أن يسترد المبيع اذا هو قدم طلبه بذلك خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه (المادة ٢٤٨ مدنى) . ويجوز للبائع أن ينزل عن حقه في حبس المبيع ، ويكون هذا النزول صراحة أو ضمناً .

ويعتبر البائع نازلاً ضمناً عن حق الحبس اذا كان - بالرغم من استحقاق الثمن وعدم دفعه اليه - قد سلم المبيع برضاه الى المشتري . ولا يجوز له في هذه الحالة أن يسترد المبيع لحبسه الى أن يستوفى الثمن لأن النزول عن الحق غير قابل للرجوع فيه (المادة ٢٤٨ فقرة أولى) .

(١) الشهورى في الوسيط ج ٤ نفاة ٤٠٤ ص ٨٠٧ .

ومتى سقط حق البائع في حبس المبيع بمخروج المبيع من حيازته ، فإنه لا يعود ولو عاد المبيع الى البائع بعد ذلك لآى سبب من الأسباب^(١) .

١٩٤ - (٥) مقرر التسليم - يجب أن يتم التسليم في المكان الذى يعينه العاقدان لذلك .

فإذا وجد المبيع في الوقت الذى يجب فيه التسليم في مكان آخر غير المكان المتفق على أن يتم التسليم فيه ، وجب على البائع أن ينقل المبيع الى المكان المتفق عليه .

أما إذا لم يتفق العاقدان على المكان الذى يتم فيه التسليم ، فيجب وفقاً للقواعد العامة في الوفاء التمييز بين ما إذا كان المبيع قيمياً أو مثلياً . فان كان قيمياً وجب وفقاً للمادة ٣٤٧ فقرة أولى تسليمه في المكان الذى وجد فيه وقت البيع أو ذكر في العقد أنه موجود فيه ، فإذا لم يعين مكان وجوده وقت البيع أو كان مثلياً وجب تسليمه في موطن البائع أو مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال (المادة ٣٤٧ فقرة ثانية) .

وإذا اتفق على أن يتولى البائع تصدير المبيع الى المشتري ، افترض القانون بنصر المادة ٣٣٤ أن المقصود بذلك أن يكون التسليم في موطن المشتري ، ولا يتم

(١) المنعينة الجزئية ٢٢ مايو ١٩٤١ الخمامة ٢١ - ١١١٧ - ٤٥٧ ، نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ - ٨١٠ - ١٢٢ وقد جاء فيه أنه اذا كان الثابت أمام المحكمة - من الأحكام التى كانت تحت نظرها والتي اشارت اليها في أسباب حكمها المعلومون فيه - أن البائعين احتجزوا السيارة البيمة لنير ماسب أو مبرر قانوني ومن غير أن يقع من المشتري تصدير أو احوال في تنفيذ التزاماته قبلهم ، وكان الحكم المنطوق فيه قد افام قضاءه بالزام المشتري بدفع باقي الثمن على أساس الفصل بين واقعة تسليم السيارة للمشتري عقب حصول البيع وبين واقعة حجز البائعين لها عقب اعادتها اليهم لتسليمها ، وكان هذا الذى قرره الحكم لايصلح رداً على دفاع المشتري الذى تمسك فيه بعدم دفع الثمن لاستمرار تعرض البائعين له رغم الحكم عليهم بتسليم السيارة ، فانه يكون مشوباً بالقصور مما يستوجب نقضه .

التسليم الا اذا وصل المبيع الى المشتري في محله ، ما لم يتبين أن الطرفين قصدا غير ذلك ، وتكون تبعه هلاك المبيع في أثناء نقله الى محل المشتري على عاتق البائع ، سواء كان المبيع معينا بالذات أو بالنوع ، ولو أن ملكيته تنتقل الى المشتري في الأول من وقت العقد ، وفي الثاني من وقت فرزه أى في الغالب من وقت شحنه .

١٩٥ - (٦) نفقات التسليم - يلاحظ أن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه به ، وأنه متى تم ذلك وجب على المشتري تسلم المبيع .

وقد نصت المادة ٣٤٨ مدنى على أن تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

وبناء على هذا النص يلزم البائع بنفقات التسليم والمشتري بنفقات التسليم ، فيتحمل الأول نفقات نقل المبيع الى مكان التسليم ونفقات فرزه ووزنه أو قياسه ، ويلزم الثانى بنفقات التحقق من المبيع ونفقات نقله من مكان التسليم الى المكان الذى يريد هو أن يحفظه فيه .

١٩٦ - (٧) هلاك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً - نصت المادة ٤٣٧ مدنى

على أنه اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن الا اذا كان الهلاك بعد اصدار المشتري لتسلم المبيع . ويستفاد من ذلك ومن القواعد العامة أن هلاك المبيع هلاكاً كلياً بسبب أجنبي عن البائع يترتب عليه انقضاء التزام البائع بالتسليم وانفساخ البيع ورد الثمن الى المشتري ، أى أن تبعه هلاك المبيع قبل تسليمه تقع على عاتق البائع .

والمقصود بالهلاك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ، ومن ثم فإن استيلاء

الاصلاح الزرعى - بعد البيع - على قدر من الاطيان المبيعة لا يعد هلاكا لهذا القدر تجرى عليه احكام الهلاك في البيع (١) .

كذلك نصت المادة ٤٣٨ على انه « اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه ، جاز للمشتري اما ان يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، واما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن » . وسنعود الى هذا الموضوع فيما بعد عند الكلام عن فسخ البيع لاستحالة الوفاء .

١٩٧ - جزاء الموهول بالوفاء بالتسليم - كان التقنين الملقى

ينص في المادة ٢٧٨/٣٤٦ منه على أنه « في حالة حصول التأخر عن التسليم بعد التكليف به من المشتري تكليفا رسميا يكون لذلك المشتري الحق في فسخ البيع أو في طلب وضع يده على المبيع مع التضمينات في الحالتين اذا حصل ضرر وكان التأخر ناشئا عن فعل البائع » .

وقد انتقد هذا النص لأنه خلط بين المطالبة بالتنفيذ العيني وطلب الفسخ من جهة وبين دعوى التنفيذ بمقابل من جهة أخرى ، ولأن عبارته فيما يتعلق بطلب التضمينات تفيد أنه يلقي على عاتق المشتري عبء اثبات حصول التأخر عن التسليم بفعل البائع ، مع أن القواعد العامة في المسؤولية العقدية تجعل على البائع أن يثبت أن تأخره في التسليم راجع الى سبب أجنبي عنه . وقد وجد واضعو التقنين الحالي أن هذا النص لا يبدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بآثار الالتزامات وبفسخ العقود ، فلم يروا داعيا للابقاء عليه في التقنين الحالي أكتفاء بتلك القواعد العامة .

وتقتضى هذه القواعد بأن عدم وفاء المدين بالتزامه يحول الدائن أن يطلب اما التنفيذ العيني الجبري ان كان ذلك ممكنا ، والا فالتنفيذ بمقابل ، واما الفسخ مع التعويض .

وقد نصت المادة ١٩٩ فقرة أولى على أن « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » ، ونصت المادة ٢١٥ على أنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه » . ونصت المادة ١٥٧ على أنه « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى . — ويجوز للقاضي أن يمنع المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في مجملته » .

وبناء على ذلك يكون للمشتري عند تأخر البائع في التسليم أن يختار بين هذه الأحكام .

وبلاحظ أنه إذا اختار التنفيذ العيني الجبرى يكون له الحق في تعويض عن الضرر الذى أصابه من مجرد التأخر في التسليم ، وأنه إذا اضطر إلى طلب التنفيذ بمقابل لاستحالة التنفيذ العيني ، كان له الحق في تعويض يشمل قيمة المبيع وقيمة الأضرار التى لحقته بسبب التأخر في التسليم ، وأنه إذا سلك سبيل الفسخ كان له أن يسترد الثمن أو أن لا يبيعه وأن يطالب بتعويض عن الخسارة التى لحقت به والربح الذى ضاع عليه بسبب الفسخ وتعويض الصفقة عليه . وسواء اختار المشتري التنفيذ بمقابل أو الفسخ ، فإنه يتمتع عليه قبل الانتهاء إلى أيهما أن يعذر البائع لتسليم المبيع (١) . ولا يعتبر استحقاق المبيع للغير قوة قاهرة تعفى البائع من التزامه بالتسليم ومن التعويض عن الإخلال بهذا الالتزام (٢) ، بل على العكس من ذلك يعتبر إخلالاً بالالتزام بالضمان فوق اعتباره إخلالاً بالالتزام بالتسليم .

(١) راجع كتابنا في أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٣٨ وما بعدها .

(٢) استئناف مخطط ١٤ مايو ١٩١٨ (٢٠٠ ص ٢٢) .

الفصل الثالث

التزام الضمان

١٩٨ - نوعا الضمان - ليس يكفي أن ينقل البائع الى المشتري ملكية المبيع وأن يسلمه اياه ، بل يجب أن يضمن له بقاء الملكية والانتفاع بها . ويشمل ذلك ضمان حيازة المبيع حيازة هادئة نافعة ابتداء من حصول التسليم .

فاذا وقع للمشتري تعرض يعكر حيازته أو يخشى معه على المبيع أن ينزع منه أو يظهر في المبيع عيب يمنع من الانتفاع به كله أو بعضه ، جاز للمشتري أن يطالب البائع بضمان التعرض والاستحقاق في الحالة الأولى وبضمان العيوب الخفية في الحالة الثانية .

وقد نظم المشرع هذين النوعين من الضمان تنظيميا مفصلا في باب البيع ولو أن أحكامها ليست خاصة بالبيع . بل تتناول جميع العقود التي ينشأ منها التزام بنقل الملكية أو بتمكين العاقد الآخر من الانتفاع ، كالمقايضة والشركة والقرض والهبة والاجارة والعارية ، مع تفاوت ينفذها في مدى الضمان وشروطه^(١) ، وذلك لأن البيع هو أكثر هذه العقود تداولاً ، فتعتبر أحكام الضمان الواردة في شأن البيع بمثابة الأحكام العامة التي يرجع اليها في العقود الأخرى التي تقتضي الضمان ، فيما لم يرد بشأنه نص خاص بتلك العقود .

لذلك فصل المشرع أحكام الضمان في عقد البيع ، فخص ضمان التعرض

(١) وقد نص المشرع في باب الاجارة وفي الأبواب الخاصة ببعض العقود الأخرى على بعض أحكام التزام الضمان ، ولكن هذه النصوص الأخيرة تحتاج الى تكميلها بالنصوص العامة التي وردت في باب البيع . انظر في ذلك :

Gros, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse Nancy, 1964 .

والاستحقاق بالمواد من ٣٩٩ الى ٤٤٦ وهى تقابل المواد من ٣٧٤/٣٠٠ الى ٣٨٦/٣١٢ من التقنين الملغى ، وضمان العيوب الخفية بالمواد من ٤٤٧ الى ٤٥٥ وهى تقابل المواد من ٣٨٧/٣١٣ الى ٤٠٥/٣٢٧ من التقنين الملغى .

§ ٢ - ضمان التعرض والاستحقاق

١٩٩ - **النصوص المقررة لضمان التعرض والاستحقاق** - كانت المادة ٣٣٦/٢٦٦ من التقنين الملغى تنص فى ضمن التزامات البائع على التزامه بتسليم المبيع للمشتري وبضمانه عدم منازعته فيه ، وكانت المادة ٣٧٤/٣٠٠ تنص على أن «من باع شيئاً يكون ضامناً للمشتري الانتفاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عيني على المبيع وقت البيع ، وكذلك يكون البائع ضامناً اذا كان الحق العيني الآخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد . ووجوب هذا الضمان لا يحتاج الى شرط مخصوص به فى العقد .»

وكان يؤخذ على هذين النصين أنهما ليسا واضحين للدلالة فى ضمان البائع تعرضه الشخصى ، وأنها يقصران ضمان تعرض الغير على التعرض المبني على حق عيني دون التعرض المبني على حق شخصى كحق المستأجر .

وقد راعى المشرع ذلك فى التقنين المدنى الحالى حيث نص فى المادة ٣٩٩ منه على أن «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه .»

وبلاحظ أن المقصود بالتعرض trouble ما يعكر على المشتري حيازته ، سواء كان يهدده بنزع الملكية منه أولاً يهدده بذلك ، فإذا أدى هذا التعرض الى سلب المشتري ملكية المبيع كله أو بعضه أو أحد عناصر الملكية أو الحقوق

المتضرعة منها كالاتعمال والسكنى والارتفاع والارتفاق اعتبر المبيع مستحقاً كله أو بعضه للغير ، وكان البائع مسؤولاً عن هذا الاستحقاق (١). eviction. ويلاحظ أيضاً أن النص جاء مطلقاً فيما يتعلق بنفوه الالتزام بضمان التعرض من عقد البيع ، فلم يقيد البيع الذى ينشئ هذا الالتزام بأى قيد ، فلا هو اشترط لذلك تسجيل البيع ولا هو استبعد بعض أنواع البيوع كما نص فى شأن ضمان العيوب على علم ثبوته فى البيوع القضائية والإدارية إذا تمت بالمواد (المادة ٤٥٤ مدنى) . فينشأ هذا الالتزام متى استوفى العقد أركانه وشروط صحته ، سواء سجل البيع أو لم يسجل ، وسواء تم بالمواد أو بالممارسة .

٢٠٠ - أنواع الترمصه - قد يحدث التعرض من البائع شخصياً أو من شخص أجنب عنه . وفى كلتا الحالتين قد يكون التعرض مادياً أو قانونياً .

٢٠١ - التزام البائع بغيره التعرض - يلتزم البائع بعدم التعرض شخصياً سواء كان تعرضه مادياً أو قانونياً . ولكنه فيما يتعلق بالتعرض الصادر من الغير لا يضمن إلا التعرض القانونى .

٢٠٢ - الترمصه الشخصى - لا يجوز للبائع أن يتعرض بنفسه للبشرى فى حيازة المبيع ، سواء كان التعرض قانونياً أو مادياً .

(٣) ويلاحظ أن هذا الالتزام بالضمان شأنه شأن سائر آثار البيع يفرض وجود عقد بيع مكتمل جميع أركانه (نفس مدنى ١٧ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام القضاء ١٤ ص ١٢٢) وقد جاء فيه أن استبدال الوقت لايم قانوناً إلا إذا أوقعت المحكمة المختصة صينة البطلان الرسمية . والتعاقب الحاصل بين وزارة الأوقاف ومن يرسلو عليه مزارعين المراد استبدالها ملحق على شرط واقف هو توقيع هذه الصينة . وتخلف هذا الشرط يجعل التعاقب كأن لم يكن . وليس للرأى عليه المزارع - إذا رفضت المحكمة توقيع صينة البطلان له وأوقعتها للغير وانتقلت الملكية الى « هذا الغير - أن يرجع على وزارة الأوقاف بضمان الاستحقاق أو مطالبتها بالتعويض على أساس نسخ العقد ، إذا الرجوع بضمان استحقاق المبيع لا يكون إلا على أساس قيام عقد البيع كما أن القبيح لا يرد إلا على عقد كان له وجود .

ويعتبر التعرض قانونياً إذا استعمل البائع حقاً ادعاءه على المبيع وكان ذلك يؤدي الى نزع المبيع من يد المشتري . ومثل ذلك أن يكون البائع غير مالك المبيع ، ثم يملكه بعد البيع سواء كان ذلك من طريق الشراء أو الميراث أو التقادم المكسب ، فإذا استند البائع الى حق الملكية الذي آل اليه بعد البيع لينزع المبيع من يد المشتري ، كان ذلك تعرضاً قانونياً منه للمشتري يعتبر اخلاقاً بالتزام الضمان الذي التزم به في عقد البيع ، فلا تقبل دعواه لأن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض *Qui doit garantie, ne peut évincer*

وكذلك إذا دفع البائع دعوى المشتري بتثبيت ملكيته وبتسليمه المبيع بالتقادم المسقط استناداً الى عدم تسجيل عقد البيع أو الحكم الصادر بصحته مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، ذلك أن التزام البائع بالضمان أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشر ، فيمتنع عليه منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب العقد^(١) . وحكم بأن البائع يعقد لم يشر الحق في طلب تثبيت ملكيته الى العقار المبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشتري الذي يلزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان المتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهراً . وكما يمتنع عليه ذلك ازاء المشتري ، يمتنع عليه أيضاً ازاء الشفيع الذي حل محل المشتري في كافة حقوقه والتزاماته^(٢) .

وكذلك أيضاً اذا كان البائع مالكا وسلم المبيع الى المشتري أو نزع ملكيته منه جبراً عنه ثم وضع يده من جديد على المبيع واستمر واضعاً يده

(١) نفس مدني ١٣ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام التفتي ١٤-٣٥٥-٢٨٠٥٦ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام التفتي ١٤-٣٩٨-٦٢ ، وأيضاً نفس مدني ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام التفتي ١٧-١٢٣-١٧ . انظر عكس ذلك السهوري في الوسيط ج ٤ ص ٦٣٢ في الخامس حيث يقول يجوز تصك البائع بدفع دعوى المشتري بالتقادم المسقط اذا رقت بعد خمس عشرة سنة من وقوع التعرض منه لا من تاريخ صدور البيع .

(٢) نفس مدني ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام التفتي ٩-٧٧٦-١٠٧

خمس عشرة سنة فليس له حسب الرأى الراجع فى الفقه أن يتمسك بالتقادم المكسب فى مواجهة المشتري ^(١) . غير أن محكمة النقض قد قضت فى هذه الحالة الأخيرة بالعكس من ذلك وأجازت للبائع وأضع اليد التمسك بالتقادم المكسب ضد المشتري استناداً الى أن الأساس التشريعى للملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للملك لدى واضع اليد ^(٢) . ولكننا نرى أن هذا الحكم محل نظر ، لأن التزام البائع

(١) أظهر أوبرى وروجه ط ٦ ص ٦٣ ، يدان ط ٢ ج ١٢ ص ١٥٦ نبذة ٢٠١ .
(٢) قضى مدنى ٨ ديسمبر ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١ - ٦٩ - ١٩ - المطامرة ٣٠ - ٣٥٧ - ٧٢٩ . وتلخص وقائع الدعوى التى فصل فيها هذا الحكم فى أن مورث المظنون عليهم كان قد رسا عليه مزاد أطيان نزع ملكيتها من مورث الطاعنين وفاة لدين عليه ، ومد أكثر من ثلاثين سنة أقام المظنون عليهم هذه الدعوى على الطاعنين طلب تثبيت ملكيتهم الى الأطيان المذكورة وتسليمها اليهم ، فدفع الطاعنون باكتساب ملكيتها بوضع اليد عليها - ثم ومورثهم من قبل - المدة الطويلة ، وقضت المحكمة للمظنون عليهم بطلباتهم على أساس أن المدين المزروع ملكيته جبراً يعتبر بائناً ويقع عليه بهذه الصفة ضمان المبيع وأن مقتضى هذا الضمان أن البائع لا يستطيع أن يتمسك ضد المشتري بتلك المبيع بوضع اليد عليها طالت مدته لأن هذا يعتبر تعرضاً منه وهو محرم عليه بموجب التزام الضمان وانتهى الحكم الى القول بأنه يتمتع على ف مورث الطاعنين أن يدعى فى وجه ع (المظنون عليهم) أنه تملك المقاربات المبيعة بالتقادم المكسب كما يتمتع على ورثته هذا الادعاء كذلك ، لأن الالتزام بالضمان قد انتقل مع تركه المورث اليهم .

وقد بنى الطاعن طعنه على أن الحكم المظنون فيه اذ أقام قضاءه على أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع له من اكتساب ملكيته بوضع اليد عليه بعد البيع بها طالت مدته فقد اخطأ فى القانون ، ذلك انه تأس هذه الحالة على حاله البائع الذى يكون وقت صدور البيع منه غير مائل للبيع ثم يتمسك بسبب طارىء بعد البيع فى حين أن هذا ليس مع التوافق ، لأن واقع الدعوى هو أن البائع كان مالكا للمبيع وقت نزع ملكيته وانتقلت ملكيته الى المشتري بنقض حكم روضو المراد بمجرد تسجيله ، لكن البائع المزروع ملكيته اكتسب بعد ذلك استحقاق المبيع بالتقادم الطويل ، فلا يحول ضمانه استحقاق المبيع دون احتجائه بمسكته فى مواجهه الكفاية ، ومنهم المفتري ، ولا يمنع من ذلك كون ضمان الاستحقاق أبدي لا يفسط الحق فيه بها طال عليه الزمن لأن معنى هذا هو أنه اذا حصل الترضى من البائع المشتري فى أى وقت ولو بعد حصول البيع بأكثر من خمس عشرة سنة وجب على البائع الضمان . فاقا سكت المشتري عن هذا الترضى بعد وقوعه ومضى على وضع يد البائع المدة الطويلة انقلب سبباً معروفاً للعكس لا يحوّل موته ضمان البائع .

== وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن ونقضت الحكم المطعون فيه وقالت : « ذلك : « ومن حيث ان هذا الذي قاله الحكم مردود بأنه متى كان الأساس التفرسي لملكية التناقد الطويل موفيا لمقربة قانونية فاطمة على توافر سبب مفروض فذلك لدى واضح اليد ، كان القول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه - المدة الطويلة بعد بيعة وانتقال ملكيته الى المشتري يعتبر من جانبه مرسأ لا يفيق وواجب الاضمان المفروض عليه قانوناً ، كان هذا القول مخالفاً للقانون . ولا كان الحكم قد أقال قضاءه على هذا الأساس الخاطيء . ولم يتعرض لبحث هل وضع يد البائع في هذه الحالة استولى أو لم يستوف الشروط القانونية التي تجعل سبأ مفروضاً لملكيته ، لما كان ذلك تبين نفسه ، »

وفي حكم آخر بتاريخ ٤ مارس ١٩٥٤ (المجلد ٣٥ - ١١٣٤ - ٥١١ مجموعة أحكام النقض ٥ - ٥٦٩ - ٩٠) قررت محكمة العليا هذا المبدأ ذاته في قضية كانت تدور حول حق البائع في دفع دعوى صحة التناقد المرفوعة عليه من المشتري بعد غير مسجل بالدفع بالتناقد لمضى أكثر من ١٥ سنة على تاريخ التناقد المدعى حصوله ، فقررت المحكمة فيها بإبطال المبدأ المذكور أن « من أحكام عقداً ببيع المقررة بالمادتين ٢٦٦ و ٣٠١ من القانون المدني القديم والمادة ٤٣٩ من القانون المدني الجديد الزام البائع بضمان عدم تنازعه المشتري في المبيع . فينتج عليه أبداً الترضي للمشتري ، وبإبطال هذا الالتزام من البائع الى ورثته ، فينتج عليهم مثله تنازعه المشتري فيها كسبه من حقوق بموجب العقد الا اذا توافرت لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية . » ثم قالت في وافية الدعوى : « واذا في كانت الطاعة قد أظمت الدعوى بطلب اثبات صحة وتناقد عقد البيع الصادر اليها من مورث المطعون عليهم مع التزامهم بتسليم الأطلال المبيعة ، وكان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعة للمودعا عن رفع دعاواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليهم قانوناً بملقضى الزام القانون موثهم باضمان السالف الذكر ، فان الحكم المطعون فيه اذ أقال قضاءه برفض دعوى الطاعة استناداً الى هذا الدفاع يكون قد خالف القانون . » (اظر أيضاً نفس مدني ١٠ يناير ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ - ٣٦٨ - ٦٢ . وقرب نفس ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ المجلد ٣٥ - ١٠٥٨ - ٤٤٤٦) .

ويؤخذ من الحكم الأول أن الطامع كان مسلماً بأن ياتي ملكه الغير ليجوز له اذا استمر واضأ يده على المبيع وتملكه بالتناقد المكسب أن يستند الى هذا التناقد ليتزعم ملكية المبيع من المشتري لأت ذلك يتناقض مع واجب الضمان الذي يقع على البائع ولكنه كان يتنازع في اطلاق ذلك أيضاً على البائع المالك اذا سلم المبيع المملوك اليه الى المشتري ثم عاد الى وضع يده عليه حتى تم له التناقد المكسب ، كما بين منه أن محكمة النقض لم تمر التفرقة بين هاتين الحالتين أي أهمية ، بل تكاد تكون أطلقت القول بحيث يمكن أن ينهم منه أنها لا تفرق بينهما وأنها تحمل حكمهما واحداً . ولأن أول الحالتين المذكورتين كان حكمها مسلماً في الفقه والنقض من قبل ذلك وهو أنه لا يجوز لبائع ملك الغير أن يستند الى كسبه الملكية بالتناقد ليتزعم ==

== المبيع من المشتري (اخر في هذا المعنى أوبري ورو الطبعة السادسة ج ٥ ص ٦٣ والأحكام
 التي أشاروا اليها ، ييمان الطبعة الثانية ج ١٢ ص ١٥٦ نبذة ٢٠١ ، كولان وكايتان
 ودی لا بوراندير ج ٢ ص ٦٠٦ نبذة ٩٤ والأحكام التي أشاروا اليها) ، فكان حرياً
 بحكمة النقص اذا رأيت توحيد الحكم بين الحالتين أن تحجب الحكم الملم في شأن الحالة
 الأولى على الثانية ، ولكنها لم تصل بل أخذت بالحكم العكسي وأطلقت على الحالتين ساء .
 ثم هي لم تستند فيها ذهبت اليه من حكم مخالف اجماع الفقه والنقض الترسين الى غير حجة
 واحدة ، هي أن الاساس التصريحي لتمامك بالتفاد الطويل هو قيام قرينة قانونية فاطمة على
 توافر سبب معرّوع لتمامك لدى واضع اليد ، فلا يجبل من المشتري الذي يتسكك البائع ضده
 بهذه القرينة أن يتسكك بالتزام الضمان الذي يوجب على البائع عدم التعرض له في المبيع والذي
 يتناقض مع معرّوعية وضع يد البائع على المبيع لأن ذلك يعتبر منه إثباتاً لما يخالف القرينة
 الفاطمة وهو غير جائز . . (وفي هذا المعنى أيضاً قضى مدني ٢٦ أكتوبر ١٩٦١ الهامة
 ٤٧-٤٣٣-٥٣٨ مجموعة أحكام النقص ١٢-٦١٤-٩٥ ، وأيضاً ٢٨ مارس ١٩٦٣
 مجموعة أحكام النقص ١٤-٣٩٨-٢٦٢ ، وأيضاً ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقص
 ١٧-١٢٣-١٧) .

غير أن هذا الاساس ذاته الذي استندت اليه المحكمة العليا محل نظر ، فقد سبق أن بينا
 في كتاب الاجابات وفي موجزه (نبذة ١٥٩ مكررة) أن النص على التفاد المسكوب ليس
 نصاً منشأ قرينة قانونية فاطمة بل يتضمن قاعدة موضوعية مبنية على التناوب من الاحوال مؤداها
 اعتبار التناوب طريفاً من طرق اكتساب الملكية . وهذا الطريق يفترض وضع اليد بشكل
 لا يمارس مع سند الحائز ولا مع التزاماته الشخصية ، ولا شك في أن وضع يد البائع على المبيع
 بعد أن يكون قد سلمه الى المشتري يعتبر تعرضاً من البائع يتناقض مع التزامه بالضمان ويجعله
 بالتالي غير صالح للاعتداد به كأساس لتفاد المسكوب .

على أنه يمكن أن يقال تبريراً لما ذهبت اليه محكمة النقص أنه اذا كان الالتزام بضمان
 التعرض ابدأ لا يرد عليه التفاد ، فإن الدعوى التي تحمي حق المشتري المقابل لهذا الالتزام يرد
 عليها التفاد كما يرد على دعوى ضمان الاستحقاق (التزام الضمان الجزائي) ، وبالتالي فانه اذا
 سكت المشتري على تعرض البائع خمس عشرة سنة بسد حذوته ، فنقسط دعواه قبل البائع
 وبزول بذلك ما كان يجب وضع يد الأخير فيجوز من هذا الطريق تبرير شتيت ملكية البائع
 ضد المشتري .

غير أن هذا الذي نحاول به تبرير مذهب محكمة النقص في حكمها الأول كان يقتضيها أن
 تأخذ في القضية الثانية بدفاع المطعون عليهم ، ولكنها لم تأخذ به بل قضت بالحكم المطعون
 فيه لأخذ به ، وكان يكفيها في ذلك أن تقرر أن هذا الدفاع يتناقض مع التزام الضمان الناشئ
 من عقد البيع على مائق مورث المطعون عليهم ، ولكنها لم تقتصر على ذلك بل قررت أنه
 ينتج على وروثة البائع تنازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب العقد « الا اذا توافرت »

بالضمان يمنعه من وضع يده على المبيع رغم ارادة المشتري ، ومن باب أولى يمنعه من تملكه من طريق وضع يده عليه المدة الطويلة . ولا يصح أن يعترض على ذلك بأن البائع بعد أن سلم المبيع الى المشتري ينقضى التزامه كبائع ويصبح بالنسبة للمشتري - وفي خصوص المبيع - كغيره من الناس . فاذا وضع يده على المبيع من جديد كان شأنه في ذلك شأن أى شخص آخر يستطيع تملكه بالتقادم ، لأن هذا الاعتراض مردود بأن البائع يبقى بعد أن سلم المبيع ملزماً بالضمان التزاماً أبدياً^(١) ، ويختلف في ذلك عن غيره من الناس ، فيمتنع عليه هو بالذات وضع يده على المبيع ، ومن باب أولى يمتنع عليه تملكه من طريق التقادم المكسب . وإذا كانت محكمتا العليا قد سلت بأنه لا يجوز للبائع أن يدفع بالتقادم المسقط دعوى المشتري بتثبيت ملكيته لأنها رأت في هذا الدفع تعرضاً من البائع للمشتري واختلالاً منه بالتزام الضمان^(٢) ، فن باب أولى يجب أن يعتبر كذلك إعادة البائع وضع يده على المبيع بعد تسليمه وادعائه تملكه اياه من طريق التقادم المكسب^(٣) .

== المخدم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية ، ونرى أن هذه العبارة الأخيرة تزيد في هذا الحكم لم يكن يقتضيها الفصل في الطعن المرفوض عليها ، وإنما استطردت المحكمة لها تحت تأثير ما كانت قروته في هذا الشأن في حكم سنة ١٩٤٩ المشار اليه ، وكنا نؤمل أن تتاح لها فرصة أخرى لإعادة النظر في قضائها ، وقد واجتها الفرصة ، ولكنها نفتت على رأيها هذا في أحكامها التالية (انظر محض مدني ٢٦ أكتوبر ١٩٦١ المجلد ٤٢ - ٣٧٣ - ٥٣٨ مجموعة أحكام النقض ١٢ - ٦١٤ - ٢١٠٩٥ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ٤٤ - ٣٥٥ - ٥٦ ، ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ - ٣٩٨ - ٢٦٢ ، ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٢٣ - ١٧) .

(١) انظر ماسيجي ، في تبذة ٣٤٢

(٢) انظر الأحكام المشار إليها فيما تقدم في تبذة ٢٠٢ .

(٣) نلن عكس ذلك اسم عيل غام في ص ١٧٢ حيث يمكن هذه الحجة فيقول « ولا نرى مبرراً لهذه التفرقة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط . فإذا كان التزام البائع بالصلان لايجوز دوت ، ككتاب البائع للملكية بالتقدم المكسب ، فيجب منطقياً ألا يجوز دون تمسكه بالتقادم المسقط لالتزامه بنقل الملكية ولالتزامه بالتسليم ، والأسر بعد متوقف على تحديد المقصود من إبداء الالتزام بالضمان . فإذا كان معناه أنه لايجوز قبائع أبداً أن يُلزم ==

أما التعرض للمادى فيكون بأى فعل مادى يكرهه البائع حيازة المشتري دون أن يستند فى القيام به الى أى حق يدعيه على المبيع .

ويلتزم البائع أن يمتنع عن التعرض للمادى للمشتري ولو كان الفعل المكون لهذا النوع من التعرض ليس فى ذاته خطأ ولا تتوافر فيه شروط الفعل الضار بل يعتبر فعلاً جائزاً للغير ، وذلك لأن البائع يختلف عن الغير فى أنه نقل الى المشتري مزايا ملكية المبيع والانتفاع به ، فصار ملزماً أن لا يفوت بفعله هذا الانتفاع على المشتري .

فاذا باع التاجر متجره فلا يجوز له أن يفتح متجراً مماثلاً له بالقرب منه وإن كان ذلك يجوز لغيره ، لأنه بالمبيع قد التزم أن لا يفوت على المشتري

==المشتري حقوقه التى استخدمها من عقد البيع، وجب أن يكون الاتزام بالضمان مانعاً للبائع من التمسك بالتقادم المكسب والتقادم المسقط على السواء وهذا هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية . أما التفرقة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط فليس لها مبرر .

ويلاحظ على ذلك أن المقصود بأبدية التزام الضمان هو التزام الضمان الأصل الذى يحل محله امتناع البائع عن التعرض للمشتري ودفع التعرض الذى لا التزام الضمان الجزائى الذى يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالتعويضات عن استحقاق المبيع ، وأن الأول أمدى لايبرد عليه التقادم مهما طال عليه الزمن . أما الثانى فليس أبدياً ويتقادم بخمس عشرة سنة من وقت

الحكم النهائي باستحقاق المبيع للغير . فاذا رفع المشتري دعوى تثبت الملكية على البائع بعد خمس عشرة سنة من العقد ودفعها البائع بالتقادم المسقط ، كان للمشتري أن يرد هذا الدفع بالتمسك بالتزام الضمان الأصل الذى يقع على عاتق البائع والذى يعتبر التزاماً أبدياً لايبرد عليه التقادم . أما اذا كان الراجع قد سلم المبيع الى المشتري ثم انتزعه منه خلا بالتزام الضمان الأصل وسكت المشتري على هذا التعرض ولم . فمه دعواه الا بعد مضي خمس عشرة سنة على التعرض ، جاز دفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط لأن موضوعها التزام الضمان الجزائى وهو التزام فوري ينشأ ويعبر مستحقاً من وقت وقوع التعرض ويسقط بالتقادم بخمس عشرة سنة من هذا الوقت . غير أنه فى هذه الحالة اذا كانت الملكية سبق أن انتقلت الى المشتري بتسجيل عقده مثلاً ان كان المبيع عقاراً ، جاز للمشتري رغم تقادم دعوى ضمان الاستحقاق أن يرفع دعوى تثبت ملكيته لأن هذه الدعوى دعوى عينية متفرعة عن حق الملكية الذى انتقلت اليه ، فيكون حكمها حكم حق الملكية نفسه ، وهو حق دائم لايبرد عليه التقادم المسقط (قرب من ذلك ليوب شطب بنذ: ١٢٩ ص ١٧٢) .

منفعة المبيع ، ولأن فتح المتجر الجديد من شأنه أن يحول إليه عملاءه السابقين وأن يفوت بذلك على المشتري منفعة المتجر الذي اشتراه^(١) (راجع ماتقلم في نبذة ٨٦) .

وكذلك إذا باع المالك بئراً ، فلا يجوز له أن يحفر في ملكه غيرها بالقرب منها إذا كان ذلك يؤدي الى نقص ماء البئر المبيعة أو نضوبها ، ولو أن ذلك يجوز لغير البائع بالقدر الذي لا يعتبر منه إساءة لاستعمال حقه .

٢٠٣ — التعرض الصادر من الغير — إذا كان التعرض الصادر من الغير تعرضاً مادياً أى غير مبنى على سبب قانونى ، كتعرض المختص ، فإن البائع لا يكون مستولاً عنه ، ويكون على المشتري أن يدفع هذا التعرض بكافة الوسائل التى كفل بها القانون حق الملكية وحياسة الأموال .

أما إذا كان تعرض الغير مبني على سبب قانونى ، أى مستنداً الى حق مقرر للغير على المبيع ، فإن كان هذا الحق موجوداً وقت البيع — ولو كان الغير تلقاه من مالك سابق — أو كان قد وجد بعد البيع ولكن بفعل البائع نفسه ، فإن البائع يضمنه كما يضمن التعرض الصادر منه شخصياً ، والا فلا يضمنه .

وقد كانت المادة ٣٧٤/٣٠٠ مدنى قديم تشترط فى ضمان البائع التعرض الصادر من الغير أن يكون هذا التعرض مستنداً الى حق عينى على المبيع ، بحيث

(١) قضى مدنى ٧ يونية ١٩٦٢ بمجموعة أحكام التلغى ١٣ - ٧٦٤ - ١١٤ وقد جاء فيه أن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمتجر وبالإطلاع عن كل عمل يكون من شأنه الانقراض من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة في شتى صورته ومنها حظر التعامل مع العملاء — لا يكون باطلاً الا اذا تضمن تحريم الانتهازية على البائع لأنه يكون في هذه الحالة مخالفاً لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وحما من النظام العام . أما اذا كان العرط محدداً من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التصديد مقولاً وهو ما يدخل في السلطة التشريعية لمصلحة الموضوع ، فانه يكون صحيحاً .

إذا كان التعرض مستقداً الى حق شخصي كحق مستأجر العقار فلا يضمنه البائع .
وقد قضت المحاكم بأن البائع لا يسأل عن تعرض المستأجر للمشتري ولو كان
حق المستأجر مقررأ في سند ثابت التاريخ قبل البيع (١) .

وكان هذا الشرط منتقداً لأن حق المستأجر إذا كان ثابت التاريخ فإنه
ينفذ في حق المشتري ويؤثر في انتفاعه بالمبيع ، وقد يلحق به ضرراً جسيماً
وبخاصة إذا كانت مدته طويلة أو كانت الأجرة فيه قد عجلت . فبماذا يبرر
عدم ضمان البائع تعرض المستأجر مع أن الأخير يستند الى حق تلقاه من
من البائع نفسه ولم يعلم به المشتري وكان الواجب على البائع أن يعلم به ؟
لذلك عدل التقنين الحالي في المادة ٣٩٩ منه عن اشتراط استناد الغير في
تعرضه الى حق عيني ، واكتفى بأن يكون للغير « حق على المبيع » يخرج به على
المشتري ، ، سواء كان ذلك الحق عينياً أو شخصياً ، فيضمن البائع عدم تعرض
المستأجر للمشتري كما يضمن عدم تعرض صاحب حق انتفاع أو ارتفاق
أو داتن مرتهن الخ .

٢٠٤ - محل التزام البائع بضمانه التعرض والاستحقاق - محل هذا
الالتزام أولاً أن يتمتع البائع عن التعرض بنفسه الى المشتري في حيازة المبيع
وفي الانتفاع به ، وثانياً أن يدفع البائع عن المشتري كل تعرض قانوني صادر
من الغير .

فاذا تعرض البائع بنفسه للمشتري سواء كان تعرضه قانونياً أو مادياً ،
كان ذلك اخلاصاً منه بالتزام الضمان يخول المشتري وفقاً للقواعد العامة أن
يطلب إما فسخ العقد مع التعويض ، وإما وقف التعرض والتعويض عما

(١) انظر محض ١٠ ديسمبر ١٩٣١ القانون والاقتصاد ص ١١ ، استئناف مصر
١٩ أكتوبر ١٩٤٧ الحاماة ٧٨ - ٨٠٠ - ٧٧٢ .

نفساً يئنيه من ضرر . وإذا كان تعرض البائع قانونياً كان للمشتري حق الدفع بالضمان *exception de garantie* . فإذا لم يتمكن المشتري من وقف التعرض وأدى ذلك الى الحكم للبائع باستحقاقه المبيع بناء على حق كسبه بعد البيع ، كان للمشتري أن يطالبه بالتنفيذ بمقابل . وسنرى أن الجزاء الذي نص عليه المشرع في شأن ضمان الاستحقاق بالذات لا يختلف عن حكم القواعد العامة .

وإذا كان التعرض تعرضاً قانونياً صادراً من الغير ، وجب على البائع أن يدفعه عن المشتري . ويعتبر التزامه بذلك التزاماً بغاية *obligation de résultat* لا التزاماً بوسيلة *obligation de moyen* ، فلا يقبل منه القول بأنه بذل أقصى جهده في دفع التعرض فلم يوفق ، بل يعتبر غللاً بالتزامه بمجرد نجاح الغير في تعرضه والحكم لذلك الغير بأى حق مما ادعاه على المبيع .

على أن التزام البائع بدفع التعرض الصادر من الغير معلق على شرط رفع دعوى من الغير على المشتري وقيام المشتري باخطار البائع بها . وليس لهذا الاخطار شكل معين ، فلا يلزم أن يكون بانذار رسمي ، ويجوز أن يحصل بخطاب موصى عليه أو بخطاب عادى ، بل يجوز أن يحصل شفويًا . ويقع في جميع الأحوال على عاتق المشتري اثبات حصوله . ومتى تحقق هذا الشرط وجب على البائع أن يتدخل في الدعوى وفقاً لقانون المرافعات الى جانب المشتري ، أو أن يحل فيها محله إذا طلب المشتري اخراجه منها^(١) (المادة ٤٤٠ فقرة أولى) .

(١) ومصلحة المشتري في طلب اخراجه من الدعوى اختلاؤه من المسؤولية من مصروفاتها فيما لو ثبت حق المدعى وحكم له به . ولكن يجادل ذلك أن للمشتري مصلحة في البقاء في الدعوى حتى يشرف على سيرها ويتحاشى تصير البائع في الدفاع أو توافقه مع مدعى الاستحقاق . لأن الحكم الذى يصدر في دعوى الاستحقاق ضد البائع يكون حجة عليه هو أيضاً . وإذا حكم باخراج المشتري من دعوى الاستحقاق ، فإنه يظل خصماً في دعوى الضمان الترميمية كي يحكم له على البائع الضمان في حالة الحكم بالاستحقاق لغير (السهوى في الوسيط ج ٤ ص ٦٦٨) .

ويحصل تدخل البائع في الدعوى بصحيفة تعلن للنصوم قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفويا في الجلسة ويثبت في محضرها ، على أن يتم ذلك قبل قفل باب المرافعة (المادة ١٥٤ مرافعات) .

ويجوز للمشتري ألا يكتفى بمجرد اخطار البائع وأن يطلب ادخاله في الدعوى باعتباره ضامنا وفقا للدة ١٤٣ مرافعات وما بعدها فتأمر المحكمة بادخال البائع فيها ، ويكون ادخاله بتكليف بالحضور للجلسة التي أجلت المحكمة اليها نظر الدعوى حين أمرت أو رخصت بادخاله فيها .

ويجوز للبائع أن يتدخل في الدعوى بمجرد علمه بها من أى طريق كان ولو لم يخطر به المشتري ، لأن له مصلحة في أن ينضم الى جانب المشتري وأن يدفع عنه تعرض الغير ، وفاء لالتزامه بالضمان ودرءا لمسئولته عن استحقاق المبيع للغير (المادة ١٥٣ مرافعات) .

فإذا تدخل البائع في الدعوى بعد اخطار المشتري اياه او دون يخطر ، او ادخل فيها بناء على طلب المشتري أو حتى بناء على طلب الغير ، فإن تمكن من دفعها ، كان ذلك تنفيذاً عينياً منه لالتزام الضمان^(١) . أما اذا فشل في دفاعه وحكم للغير باستحقاق ما يدعيه على المبيع ، كان ذلك اخلاقاً منه بالتزام الضمان يستتبع توقيع الجزاء عليه كما سيأتى ، وجاز للمشتري أن يطلب الحكم له على البائع في الحكم ذاته الذي يقضى للغير بالاستحقاق .
واذا أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ولم يتدخل فيها في الوقت المناسب

(١) السبوري في الوسيط ج ٤ ص ٦٦٧ . وهوول محكمة التمييز في ذلك انه متى كان الحكم قد انتهى الى أن يتعرض للمشتري وهو من النير لم يكن على حق في تعرضه وأن البائع قد باع ما يملك ، فان مؤدى ذلك أن ينفك عن البائع التزامه بضمان التعرض القانوني عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة ٢٤١ من القانون المدني ولا يجيب الحكم وصفه ذلك بالتعرض بأنه مادي ، فلك أنوجه الرأي في الحكم لا يخبر سواء أسيح الحكم على التعرض اذ كورصة التعرض المادي أو القانوني لأن البائع في النهاية لا يكون ملزماً بضمان التعرض في العالين على أساس انعكاس الضمان عن البائع ان كان تعرضاً قانونياً وعدم ترتب هذا الضمان ان كان التعرض مادياً (نفس مدق ٢ مايو سنة ١٩٦٣ بحوزة أحكام التخص ١٤ - ٦٣١ - ٨٩ ج) .

كان ذلك أيضاً إخلالاً منه بالتزام الضمان يستتبع مسئوليته. فإذا نجح المشتري في دفع دعوى المتعرض بنفسه ، كان له الرجوع على البائع بكافة ما تكبده من نفقات وما لحقه من أضرار بسبب هذه الدعوى فيما عدا ما حكم له به منها على المتعرض . أما إذا لم يوفق في دفع دعوى الغير ، كان له الرجوع على البائع بكافة التعويضات التي يشملها ضمان الاستحقاق كاسيجي .
بينها . وكذلك إذا اقتنع المشتري بأحقية المتعرض بناء على أسباب معقولة وأقر له بحقه أو تصالح معه عليه ليتجنب استمرار السير في دعوى على غير حق .
غير أنه لما كان يخشى في هاتين الحالتين الأخيرتين أن يتواطأ المشتري مع الغير فيسلم له بدعواه أو يقصر في دفعها اعتماداً على ضمان البائع ، سمح التقنين المدني الحالي للبائع - بالرغم من قعوده عن الوفاء بالتزام الضمان الاصل - أن يدفع عن نفسه التزام الضمان الجزائي إذا أثبت في الحالة الأولى أن الحكم الصادر في دعوى الاستحقاق كان نتيجة تدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه (المادة ٤٤٠ : فقرة ثانية) ، أو أثبت في الحالة الثانية أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الاقرار بالحق الذي ادعاه المتعرض أو في التصالح معه عليه ، وخول القانون البائع فوق ذلك في هذه الحالة الأخيرة أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (المادة ٤٤٢) .

أما إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم ، وفشل في دفع تعرض الغير بنفسه حتى صدر عليه حكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، كان هذا الحكم حجة أيضاً على البائع^(١) ، ولكن يجوز لهذا إذا رجع عليه

١) وهذا بخلاف الحكم الذي يصدر ضد البائع وحده بعد تسجيل المشتري عقده ، فإنه لا يكون حجة على المشتري . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على المقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ، ومن ثم فالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك العين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقده شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يخضع في الدعوى (نفس مدني ٢٨ أكتوبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ٩٢٩ - ١٤٧) .

المشتري أن يدفع دعوى الرجوع بأن استحقاق المبيع لغير راجع الى خطأ المشتري نفسه في عدم اخطاره بدعوى الاستحقاق اذا أثبت أن تدخله في هذه الدعوى كان يؤدي الى رفضها^(١). وقد نصت على ذلك المادة ٤٤٠ فقرة ثالثة وهي لا تعدو أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة في اعفاء المدين من مسؤولية عدم الوفاء الذي يكون راجعاً الى خطأ الدائن (المادتين ٢١٥ و ٢١٦ مدني). ولا يسقط حق المشتري في الضمان تراخيه في تسجيل عقده ولو ترتب على هذا التراخي نزع ملكية المبيع من تحت يده^(٢).

٢٠٥ - عزم قابلية الالتزام بالضمائم للقرض - ولأن محل الالتزام بالضمان امتناع عن التعرض الشخصي أو قيام بدفع تعرض الغير، يكون هذا الالتزام غير قابل للتجزئة شأنه في ذلك شأن سائر الالتزامات بعمل أو بامتناع.

ويرتب على ذلك أنه اذا باع عدة أشخاص مالا مملوكاً للغير، ثم كسب أحدهم بعد ذلك ملكية المبيع، لم يجوز له أن يستند الى هذه الملكية التي كسبها بعد البيع لطالب المشتري بالمبيع كله أو بعضه لأنه ضامن للمشتري سلامة البيع، ولأن هذا الضمان لا يتجزأ فلا يجوز قصره على حصة هذا البائع في عقد البيع والسماح له بالمطالبة بما جاوز هذه الحصة^(٣).

وكذلك اذا تعدد البائعون أو ورث البائع عدة ورثة وكانت التركة غير مستغرقة بالدين، ثم تعرض أجنبي للمشتري تعرضاً قانونياً، فأخطر هذا الباعين أو الورثة بالتعرض وطلب اليهم دفعه، وجب على كل منهم أن يدفع عن المشتري التعرض الصادر من الغير في أي جزء من المبيع، لأن محل التزامه اثبات عدم أحقية الغير في دعواه، وهذا الاثبات غير قابل للتجزئة^(٤). وكذلك اذا ظهر أن المال الذي باعه المورث كان مملوكاً لأحد ورثته،

(١) الاسكندرية الادبائية الأهلية ٢٧ يناير ١٩٤٠ المحاماة ٢١ - ٦٠٦ - ٢٦٧.

(٢) نفس مدني أول فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام التخصيص ١٧ - ٢٠٥ - ٢٧.

(٣ و ٤) السهوري في الوسيط ج ٤ نيف ٣٣٢، مصر الابتدائية الأهلية ٥ ديسمبر ١٩٢٩.

المحاماة ٢٠ - ٩٥٩ - ٣٩٨.

فإن هذا الوارث لا يجوز له مطالبة المشتري برد المبيع اليه ولو بعد استبعاد ما يقابل نصيبه في التزامات المورث نظراً لعدم قابلية الالتزام بالضمان للتجربة^(١). أما إذا كانت التركة مستغرقة بالدين فلا ينتقل الى ورثة البائع التزام الضمان المتخلف عن مورثهم عملاً بقاعدة أن لا تركة الا بعد سداد الديون .

٢٠٦ - التزام الضمان الواسع والالتزام الضمان الجزائي - يلتزم البائع في الأصل بالامتناع عن التعرض الشخصي وبدفع كل تعرض قانوني يصدر من الغير . وهذا هو التزامه الأصلي الذي ينشأ مباشرة من عقد البيع ويعتبر التزاماً مستمراً^(٢) أي من نوع الالتزامات التي لا يتم تنفيذها دفعة واحدة أو عدة دفعات بل يتجدد تنفيذها واستحقاقها بتجدد الزمن مدة معينة أو غير معينة وقد تقدم أن هذا الالتزام غير قابل للتجربة .

فاذا أدخل البائع بهذا الالتزام الأصلي ، وترتب على ذلك تفويت الانتفاع بالمبيع على المشتري بعض الوقت أو استحقاق المبيع كله أو بعضه الغير ، التزم البائع بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب ذلك . ويعتبر التزامه بالتعويض التزاماً جزائياً ينشأ من الاخلال بالالتزام الأصلي بالامتناع عن التعرض الشخصي وبدفع تعرض الغير^(٣) . ولا يحق للمشتري المطالبة بهذا التعويض الا من وقت الحكم النهائي بالاستحقاق^(٤) . ولأن محل هذا الالتزام دفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض ، يعتبر هذا الالتزام التزاماً فورياً قابلاً للتجربة .

(١) انظر السنهوري في الوسيط ج ٤ بقية ٣٣٧ ، امام بقية ٧١٤ ، البعراوى بقية ٢٩٩ ، منصور بقية ٨١ .

(٢) قض مدني ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام الترض ١٠ - ٨١٠ - ١٢٢ ، قض مدني ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام الترض ١٧ - ١٢٣ - ١٧ .

(٣) استئناف مصر ٦ مارس ١٩٤٠ المحاماة ٢١ - ٢٤٢ - ١١٤ .

(٤) الاسكندرية الابتدائية ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ - ٦٠٦ - ٢٦٧ .

فإذا تعدد البائعون ووقع تعرض للشترى ، جاز للأخير أن يطالب كلا من البائعين بمنع التعرض كله دون تجزئة لأنه إنما يطالبهم في ذلك بتنفيذ الالتزام الأصلي وهو غير قابل للتجزئة . أما إذا أصاب المشتري ضرر من هذا التعرض سواء بلغ هذا الضرر حد الاستحقاق الكلى أو اقتصر على الاستحقاق الجزئى أو على تقييد منفعة المبيع بعض الوقت ، فإنه يرجع على البائعين بالتعويض عن ذلك الضرر ويطلب كلا منهم بقدر من التعويض يقابل نصيبه في المبيع ، وذلك لأن الالتزام بالتعويض قابل للتجزئة (١) .

ويرتب على كون الالتزام الأصلي مستمرًا والالتزام الجزائى فورياً أن التقادم يرد على الثانى دون الأول لأن الالتزام المستمر وبخاصة إذا كان محله سلباً كما هو التزام الضمان الأصلي يعتبر تنفيذه مستمراً فلا يسقط أبداً ولا يتصور فيه التقادم أصلاً . أما الالتزام بالتعويض ، فلا يمتنع عنه التقادم من وقت بمجرد الإخلال بالالتزام بالامتناع عن التعرض ، يرد عليه التقادم من وقت استحقاقه (٢) . وقد نصت المادة ٣٨١ مدنى على أن يسرى التقادم بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق .

(١) مصر الابتدائية الأهلية • ديسمبر ١٩٣٩ المجلد ٢٥ - ١٩٥٩ - ٣٩٨ .

(٢) السنهورى فى الوسيط ج ٤ نذرة ٣٣٥ . وقد حكم فى ظل التفتين المبنى بأن مدة تقادم دعوى الرجوع بضمان الاستحقاق تبدأ من تاريخ الحكم نهائياً بالاستحقاق ، لا من تاريخ تحرير عقد البيع ولا من تاريخ البدء فى التراجع فى الاستحقاق (الاسكندرية الابتدائية ٢٧ يناير ١٩٤١ المجلد ٣١ - ٦٠٦ - ٢٦٧) .

وقضت محكمة النقض فى حكم حديث لما قل التفتين المحلل بأن القاعدة سواء فى التفتين المدنى القديم أو القام أن التقادم المستط لا يبدأ سريانه الا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأ. ا. ، مما يستلزم أن التقادم لا يسرى بالنسبة الى الالتزام المطلق على شرط موقف الا من وقت تحقق هذا الشرط . وإذا كان ضمان الاستحقاق التزاماً شرطياً يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دفعه ، فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان الا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصور حكم نهائى به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق (قضى مدنى ١٠ مارس ١٩٦٦ بمجموعة أحكام النقض ١٧ - ٦٤ - ٧٧) . قازن قضى مدنى ٥ ديسمبر ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ - ١٧٦ - ١٠٩ .

غير أن هذه الفارقة بين التزام الضمان الأصلي والتزام الضمان الجزائي لم تلق فيما مضى ما تستحقه من عناية ، بل كثيراً ما وقع الخلط بينهما وكان ذلك سبباً في الخلاف على تلخيص نشوء التزام الضمان ، فأرجعه بعضهم الى تاريخ البيع ، وربطه الآخرون بتاريخ وقوع التعرض أو الاستحقاق (١) . وكان كل من الفريقين يستدل على رأيه بجميع ظاهرة الواجهة ويستند في ذلك الى نصوص من القانون . والواقع أن كلامنا حق فيما ذهب اليه حسب وجهة نظره ، فالفريق الأول ينظر الى الالتزام الأصلي بالضمان وهو فعلاً ينشأ من وقت البيع ، والفريق الثاني ينظر الى الالتزام الجزائي وهو لا ينشأ حقاً الا من وقت التعرض ، وقد فصلت محكمة النقض في هذه المسألة في قضية كان يدور فيها البحث حول تعيين وقت نشوء الدين الذي يترتب في ذمة البائع بسبب استحقاق المبيع للقول بمحوار تمسك البائع بقانون خمسة الافدنة الذي صدر في الفترة ما بين البيع والاستحقاق أو بعدم جوازه ، فقالت محكمة النقض في ذلك بتاريخ ٥ ديسمبر ١٩٤٠ « لا يوجد فيما أورده القانون من نصوص في صدد حق الضمان الذي قرره للمشتري على البائع ما يحدد وقت نشوء هذا الحق ، فهو وقت عقد البيع أو وقت التعرض الفعلي ، فان للمادتين ٢٦٦ و ٣٠٠ من القانون المدني قد نصتا فقط على الزام البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فاذا حصل التعرض للمشتري وجب عليه وفقاً للمادة ٣٠٤ أن يرد اليه الثمن مع التضمينات . أما المواد الأخرى فلا تتضمن سوى الأحكام التي تراعى في تعيين الثمن وتقدير التضمينات ، واذن ففقه القانون هو الذي يحدد هذا الوقت . واذا كان الحق لا يعتبر موجوداً الا من الوقت الذي يمكن قانوناً المطالبة به ، فان حق الضمان لا ينشأ الا من وقت منازعة الغير للمشتري في

المبيع . وما يؤيد هذا النظرية هو مقرر من أنه مجرد خفية للمشتري تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع لا يتجوله حق الرجوع على البائع بالضمان مادام لم يحصل له تعرض فعلي ، وما ذلك إلا لأن التعرض هو منشأ الحق في الضمان ، وأن البائع قبل حصول أى تعرض له ليس عليه من التزام سوى تمكين المشتري من الحيازة الهادئة ، (المحاماة ٢١ - ٧٢٢ - ٣١٦) .

وظاهر من ذلك أن المحكمة إذا قررت أن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري في المبيع إنما نظرت في ذلك إلى التزام الضمان الجرائى أى إلى الالتزام بالتعويض عن الاستحقاق ، ولكن لم يفهم أن تلاحظ في الوقت ذاته نشوء الالتزام الأصلي بالضمان من وقت العقد حيث قررت أن البائع قبل حصول أى تعرض له ليس عليه من التزام سوى تمكين المشتري من الحيازة الهادئة .

٧٠٢ - شرط نشوء التزام الضمان الجزائى - يشترط في نشوء التزام الضمان الجزائى أن يخل البائع - بعد تسليمه المبيع إلى المشتري^(١) - بالتزام الضمان الأصلي اختلافاً يترتب عليه ضرر فعلي للمشتري ، أى أن يقع تعرض من البائع نفسه أو تعرض قانونى من الغير فلا يقوم البائع بدفعه^(٢) . فلا يكفي مجرد ظهور حق للغير

(١) أما عدم تسليم البائع المبيع إلى المشتري فلا يعتبر عرضاً ولا يترتب عليه جزاء الالتزام بالضمان وإنما يترتب عليه حق المشتري في تنفيذ التسليم عيناً أو في التعويض من عدم التسليم . ويشتر الرجوع بهذا التعويض طلباً متفراً للرجوع بضمان التعرض والاستحقاق . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المشتري قد أقام مطالبة بالتعويض على أساس اختلال البائع بالتزامه بضمان التعرض والاستحقاق دون أن يؤسها على اختلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع ولم يتسك هذا الدافع الأخير أمام محكمة الموضوع ، فإن التمس على الحكم بأنه لم يبعث الدعوى على أساس اختلال البائع بهذا الالتزام يكتفى سبباً جديداً لا يجوز إثارة لأول مرة أمام محكمة النقض (هــ مدنى ٢ مايو ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤١ - ٦٣١ - ٨٩ / ب) .

(٢) ومن قبل التعرض القانونى الصادر من الغير الذى يوجب البائع من دفعه استيلاء المصلح الزراعى على المبيع في يد المشتري بسبب عدم ثبوت تاريخ عقده قبل ١٩٠٢/٧/٢٣ طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ١٧٨ / ١٩٥٢ الخاص بالمصالح الزراعى . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ عند الاستيلاء على المساحة الزائدة تنفيذاً للقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ =

على المبيع اذا كان هذا الغير لم يرفع أية دعوى على المشتري ولم يتخذ أى إجراء يفضى معه أن يودى الى سلب المشتري منفعة المبيع كلها أو بعضها^(١) . فاذا ظهر أن المقار المبيع مرهون رهناً رسمياً ، فإن ذلك في ذاته لا يعتبر قرصناً للمشتري ولا يجوز للأخير أن يطالب البائع بضمان الاستحقاق (أى بالتزام الضمان الجزائى) ، وإن كان يخوله حق مطالبة البائع بتخليص المبيع من هذا الرهن بحيث اذا لم يقم البائع بذلك جاز للمشتري فسخ العقد مع التمتعيات وفقاً للقواعد العامة^(٢) .

ويشترط أيضاً في نشوء هذا الضمان أن يكون المشتري غير عالم وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق ، لأنه لو كان عالماً به يعتبر مشترياً تحت مسئوليته *à ses risques* فلا يكون له رجوع بالتضمنيات (المادة ٤٤٦)^(٣) . ويدخل تقدير علم المشتري بسبب الاستحقاق وتقصي

== الصادر بشأن الإصلاح الزراعى — الاحتماد بما لم يظهر من تصرفات المالك العاددة الى غير فروعه وزوجه وأزواج فروعه والسابقة على يوم ١٩٥٢/٩/٩ تاريخ السمل بهذا القانون هو — على ماجرى به قضاء محكمة النقض — ثبوت تاريخ هذه التصرفات قبل يوم قيام الثورة في ١٩٥٢/٧/٢٣ . فالأمر منها ثابت التاريخ قبل هذا اليوم لا يندب به ، بمعنى أن يعتبر المتصرف فيه باقياً على ملكه المتصرف فيها يخص بتطبيق أحكام الاستيلاء . فاذا كان الثابت أن عقد البيع محل النزاع ليس له تاريخ ثابت قبل ١٩٥٢/٧/٢٣ فإن حق الإصلاح الزراعى فيها استولى عليه من الأليات المبيعة الى المملوك عليه من الطاعين يكون مستمداً منها ومن ثم يكون مسئولين قبل المملوك عليه (المقترى) عن هذا الاستيلاء مادام سببه راجعاً اليها ، نفس مدنى أول فبراير ١٩٦٦ بمجموعة أحكام النقض ١٧-٢٠٠-٢٧ .

(١) السنهوري في الوسيط ج ٤ نبذة ٣٤٠ .

(٢) ولا سيما اذا كان البائع قد التزم في العقد بتطهير الدين من كافة ما عليها من الحقوق البيلية والقيود (نفس مدنى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ بمجموعة أحكام النقض ١٧-٤٤٣-٤٦) .
(٣) نفس مدنى ٧ يولييه ١٩٦٤ بمجموعة أحكام النقض ١٥ - ٩٢٠ - ١٤١ .
وقد جاء فيه أنه اذا كان الأصل أنه لا يجوز للمشتري عند حصول تعرض له في الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتضمنيات اذا كان المقترى يعلم وقت البيع بسبب التعرض والاستحقاق ، إلا أن التزم البائع القانونى بالضمان قبل التصديق باخفاق المالكين سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الإبراء منه بحسب النرض الذى يحدده من اختيارها . =

ثبوته في سلطنة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض ما دامت الأسباب التي يقيم عليها قضاءه ، سائفة تؤدي الى النتيجة التي انتهى اليها (١) .

ويكفي في نشوء التزام الضمان الجزائي أى تعرض ولو كان لا يقرب عليه سوى النقص في قيمة المبيع أو حرمان المشتري حرماناً جزئياً من منفعة المبيع (٢) .

== ويصل ذلك بأن علم المشتري بسبب التعرض أو الاستحقاق يعتبر بمثابة قبوله إعفاء البائع من الضمان . ومن أمثلة ذلك أن يكون مشتري المتجر مالاً أن البائع قد انشأ متجرأ آخر من نوع المبيع ، فلا يكون له رجوع على البائع بتعويض عن هذه المنافسة نظراً لعله بهذا التعرض وقبوله الصراء على هذا الأساس أو أن يكون مشتري العقار مالاً أن البائع سبق أن باعه الى آخر بعد غير مسجل فلا يكون له رجوع عليه بالتعويضات اذا سبقه المشتري الأول في تسجيل عقده ، أو أن يكون المشتري مالاً بوجود منازعة على المبيع ثم يحكم في هذه المنازعة لصالح خصم البائع . فإذن عكس ذلك المنهوي في الوسيط ج٤ ص ٦٥١ و ص ٧٠٠ .

(١) حمض مدني ١٥ مارس ١٩٦٦ مجموعة أحكام للنقض ١٧-٥٦٤-٧٧ .

(٢) باع شخص لآخر محلاً تجارياً بما فيه من بضائع وفض الثمن وتمتد في عقد البيع بالآلا يتجر في البضائع التي يذجر فيها المشتري في الشارع الذي يقع فيه المحل المبيع ولكنه فتح محلاً بنفس المارة التي بها المحل المبيع وانجر في بض أنواع البضائع التي شملها عقد المبيع ، فأقام عليه المشتري الدعوى بطالبه فيها بدفع مبلغ على سبيل التعويض ، فقضت المحكمة بإحالة الدعوى الى التحقيق ليثبت المشتري أن ضرراً لحقه من جراء إخلال البائع بعمط التحريم الوارد في العقد حكمت في الموضوع برفض دعوى المشتري لمجزءه عن اثبات وقوع الضرر ، فطن المشتري في هذا الحكم التمهيدى الصادر إحالة الدعوى الى التحقيق .

وقد قررت محكمة النقض في ٨ مارس ١٩٥٦ أن الإخلل بأجل بواجب الضمان الذي يلزمه بوصفه بائناً كما أخل بالعمط المتفق عليه في عقد البيع وأن هذا الإخلال ان هو الا تعرض لمشتري في بض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته التي كانت الأساس الذي في عليه الطرفان تقدير الثمن عند التعاقد . وتلقى قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذي أصاب المشتري من تعرض البائع وهو ضرر مفترض يحكم واجب الضمان المتلزم به البائع بتحقيق مجرد الإخلال بهذا الواجب اذ هو يمثل ثمن الجزء من المبيع الذي حصل التعرض فيه من جانب البائع ومن ثم فان الحكم التمهيدى اذ أحال الدعوى على التحقيق وكلف المشتري اثبات الضرر ، كما أن الحكم القطعي اذ أمام قضاءه بالتناء الحكم المطأف ورفض الدعوى بناء على عجز المشتري عن اثبات الضرر — يكونان قد خافا القانون (مجموعة أحكام للنقض ٧ — ٢٩١ — ٤٢ —

غير أن المشرع قد فرق في مدى الجواز بين حالة الاستحقاق الكلي وحالة الاستحقاق الجزئي .

٢٠٨ - أموال المستحق الكلي ومدى التزام الجزئي فيها :

(١) أموره - الأصل في الاستحقاق الكلي أن يكون بنزع المبيع كله من يد المشتري بمقتضى حكم يلزمه بترك المبيع للمدعي استحقاقه متى كان هذا الحكم صادراً في مواجهة البائع ، أو كان البائع قد أخطر بالدعوى في الوقت الملائم فلم يتدخل فيها ما لم يثبت هذا أن المشتري قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً كان هو السبب في الحكم باستحقاق المبيع للغير .

وتعتبر أيضاً من قبيل الاستحقاق الكلي الحالات الآتية :

(١) إذا قرر المشتري ترك المبيع كله إلى المدعي استحقاقه دون أن ينتظر صدور حكم ملزم له بذلك لظهور حق المدعي فيه . وقد نصت المادة ١٤١ بمدني على أن « يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحمل عمله فيها فلم يفعل ، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه » .

ويلاحظ أن هذا النص أريد به التيسير على المشتري في إنهاء الدعوى المرفوعة عليه متى كان وجه الحق فيها ظاهراً ، فسمح له أن ينهها بالاقرار للدعي بحقه أو بالتصالح معه على هذا الحق لأن تخلف البائع عن التدخل في الدعوى يرجح أنه ليس له دفاع فيها . غير أن المشتري إذا أقسم على إنهاء الدعوى من طريق الاقرار أو الصلح ، إنما يفعل ذلك على مسؤوليته ، فيجوز للبائع أن يلقي المسؤولية على المشتري إذا أثبت بأدلة حاسمة أن الأجنبي لم يكن على حق فيما ادعى وأن المشتري قد أخطأ فيما صدر منه من اقرار أو

صلح خطأ يستوجب اسقاط حقه في الرجوع على البائع . ولا يشترط لاختلاف
مسئولية البائع أن يثبت هو وقوع غش أو خطأ جسيم من المشتري كما في
حالة صدور حكم بالاستحقاق دون تدخله في الدعوى المرفوعة على
المشتري ، ولكن لا يكفى منه بأن يثبت أن المشتري لم يتمسك بدفع من
الدفع الخاصة به كالدفع بالتقادم المكتسب أو المسقط إذا انقضى هذا
الدفع متروك لتقدير المشتري شخصياً وقد تأبى ذمته أن يتمسك به فلا يلام
على ذلك^(١) .

(٢) إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله بدفع مبلغ من النقود أو بأداء
شيء آخر ، كما إذا كان المبيع مرهوناً وأندر الدائن المرتهن المشتري بالدفع
أو التخليه ، قضى الأخير الدين واحتفظ بالمبيع . وقد نصت المادة ٤٤٢ بمدى
على أن يكون للبائع في هذه الحالة أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد
للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما آداه مع الفوائد القانونية وجميع
المصروفات .

(٣) إذا احتفظ المشتري بالمبيع لسبب آخر غير عقد البيع ، كما إذا ثبت أن
البائع غير مالك وورث المشتري المبيع أو اشتراه مرة ثانية من مالكه الحقيقي .

(٤) ويعتبر الفقه من قبيل الاستحقاق الكلى أيضاً عدم تمكن المشتري من
وضع يده على المبيع لوجوده في حيازة أجنبي تعرض للمشتري في استلامه
وأثبت أن المبيع مملوك له . غير أن محكمة النقض قد خالفت هذا الرأى
واشترطت فيما يعتبر استحقاقاً موجباً للضمان أن يكون المشتري
قد تسلم المبيع ثم نزع منه ، أما إذا تعذر عليه استلامه لوجوده
في حيازة أجنبي ثبتت ملكيته للبيع ، فلا تنطبق على حالته قواعد
ضمان الاستحقاق ، بل قواعد بطلان بيع ملك الغير ، وقد جاء في

(١) انظر السهورى في الوسيط ج ٤ ص ٦٦٩ هـ بشر .

حكما الصادر في ١٤ مارس ١٩٤٠ ، أن الواقعة الثابتة في الحكم المطعون فيه والتي لا نزاع فيها بين الطرفين تنحصر في أن الطاعن أعطى المطعون ضدها أرضاً كانت تعتقد وقت البذل أن الطاعن يملكها ثم تبين لها وقت التسليم أنها خرجت عن ملكه يبيعه إياها الى وزارة الأشغال منذ ثلاث سنوات سابقة على البذل ، وأن التكييف القانوني الصحيح لهذه الواقعة هو بيع الشيء الذي لا يملكه بآتمه المنصوص عنه في المادتين ٢٦٤ و ٢٦٥ من القانون المدني وأن ضمان البائع المترتب على البيع ينحصر في تسليم المبيع للمشتري وعدم منازعته فيه من الغير . فاذا عجز البائع عن التسليم أو عجز عن كف منازعة الغير للمشتري وجب عليه الضمان ، وهذا الضمان في الحالتين مرجعه بيع البائع ما لا يملك الا أن المبيع كان في الحالة الأولى تحت يد الغير وقت البيع فتمنر التسليم ، وكان في الحالة الثانية تحت يد المشتري فاسترده مالكة الحقيقي ونزعت بذلك الملكية من ذلك المشتري ، وأنه يترتب على هذا الضمان بطلان البيع في الحالة الأولى أو فسخه في الحالة الثانية والزام البائع برد الثمن مع التضمينات ، (المحاماة ٢٠ — ١٣٦٤ — ٦٠٢) .

وظاهر أن المحكمة خلطت في هذا بين دعوى ضمان الاستحقاق الكلى ودعوى الفسخ مع التعويض ، ويرجع ذلك الى أن نص القانون كان يقضى في حالة الاستحقاق الكلى بوجوب رد الثمن مع التضمينات فالتبس ذلك مع حكم الفسخ في حين أن المقصود به التنفيذ بمقابل .

٢٠٩ - (ب) مدى التزام البائع الجزائي في حالة الاستحقاق الكلى -

نصت المادة ٤٤٣ مدني على أنه « اذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع :

(١) قيمة المبيع ونسب الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

(٢) قيمة الثمن التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .

(٣) المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق . وكذلك المصروفات الكالية اذا كان البائع نسيء النية .

(٤) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عندما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠ .
(٥) وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

كل هذا مالم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله .

ويخلص من هذا النص أن البائع يلزم بتعويض المشتري عن كل ما أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع . ويشمل ذلك :

(أولاً) قبح المبيع — وقد نص التقنين الحالي على إلزام البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق تطبيقاً لقواعد التنفيذ بمقابل^(١) ، فإذا كان المبيع قد زادت قيمته من وقت البيع الى وقت الاستحقاق وجب على البائع أن يدفع للمشتري هذه القيمة الزائدة لا الثمن الذي اشترى به لحسب^(٢) . أما

(١) ومع أنه لا يجوز للمشتري المطالبة بضمان الاستحقاق الا من وقت صدور الحكم النهائي بالاستحقاق ، فان تدبر قيمة المبيع وقت الاستحقاق يجب أن ينظر فيه الى قيمة المبيع دفع دعوى النقص الى حكم له فيها بالاستحقاق لأن حكم الاستحقاق يستند اثره الى وقت رفع الدعوى (الشهورى ج ٤ ص ٦٧٧) .

(٢) والمقصود بذلك زيادة القيمة الطارئة بنهم فعل المشتري (الاسكندرية الوطنية ٢٧ يناير ١٩٤١ الحامدة ٢١ - ٦٠٦ - ٢٦٧) . أما اذا كانت زيادة القيمة قد نطأت من مصروفات نذرة أفتقها المشتري على المبيع ، فيجب في الصفحة التالية أنه يجوز للمشتري أن يطالب بدعى الاستحقاق بأن يرد اليه من هذه المصروفات قدر ما زاد على المبيع من زيادة في القيمة . وفي هذه الحالة يستلزم هذا القدر من قيمة المبيع التي يحق للمشتري مطالبة البائع بها . وكذلك فيما يتعلق بالمصروفات الضرورية لأن للمشتري أن يسترد ما كلفه من المستحق ، فلا يجوز أن يحصلها مرة أخرى من البائع .

إذا نقصت القيمة ، أفاد البائع من ذلك ولم يدفع للمشتري الا تلك القيمة الناقصة . غير أنه يلاحظ في هذه الحالة أن المشتري ليس مقيداً بقواعد التنفيذ بمقابل التي طبقها المادة ٤٤٣ المذكورة ، وإنما له أن يعدل عنها الى طلب الفسخ ، فيجوز له حينئذ أن يطالب بالثمن الذي دفعه وأن لا يكتفى بقيمة الشيء وقت استحقاقه .

وكانت المادة ٣٧٨/٣٠٤ مدني قديم تنص على أنه اذا كان الضمان واجباً ونزعت الملكية من المشتري ، فعلى البائع رد الثمن مع التضمينات . وكان هذا النص يفسر باعتباره أقرب الى تطبيق قواعد الفسخ منه الى تطبيق قواعد التنفيذ بمقابل . والواقع أن النصين يؤيدان عملاً الى نتيجة واحدة . ففي حالة زيادة قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن ثمن البيع ، فإن النص الجديد يخول المشتري هذه القيمة طبقاً لقواعد التنفيذ بمقابل^(١) . أما النص القديم فقد كان يخوله الثمن باعتبار العقد مفسوخاً ويخوله زيادة القيمة باعتبارها من التضمينات . وفي حالة نقص القيمة ، فإن النص الجديد يترك للمشتري الحق في طلب الفسخ فيسمح له بذلك أن يطالب البائع بشن المبيع وأن لا يكتفى بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وهذا ما كان يقضى به النص القديم^(٢) .

ويلزم البائع أيضاً بالفوائد القانونية عن قيمة المبيع ابتداء من وقت الاستحقاق وليس من وقت المطالبة القضائية بها لحسب كما في سائر الديون ويلزم بها من تاريخ رفع دعوى الاستحقاق لأن الحكم التمهني في دعوى الاستحقاق يستند الى تاريخ رفعها ، ويثبت به حق المشتري في قيمة المبيع من هذا التاريخ وحقه في الانتفاع بهذه القيمة واستغلالها^(٣) ، وتستحق الفوائد

(١) السهوري في الوسيط ج ٤ نبذة ٣٠٢ ص ٦٧٧ .

(٢) السهوري في المرجع السابق ص ٦٧٨ ، أمام نبذة ٣٠٨ ، منصور ص ١٧٣ .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية في مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٤ ص ٩٦ .

للمشتري ولو كان المبيع لا يفتح ثمارا كالأرض القضاء للمعدة البناء^(١)
ويستحق المشتري قيمة المبيع وفوائده القانونية من وقت رفع دعوى
الاستحقاق بقطع النظر عن سوء نية البائع أو حسنها^(٢).

(ثانيا) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استلم المبيع - يقتصر ذلك
على الثمار التي يكون المشتري قد حصلها بسوء نية قبل رفع دعوى الاستحقاق،
لأنه لا يرد الثمار التي يحصلها قبل ذلك بحسن نية فلا محل لرجوعه بها على البائع،
ولأن الثمار التي يحصلها من وقت رفع الدعوى عليه يجب أن يردها إذ يعتبر
أنه قبضها بسوء نية، ولكن ليس له أن يطالب بها البائع ما دام البائع سيدفع له
فوائد قيمة المبيع من وقت الاستحقاق وهو يرجع الى وقت رفع الدعوى^(٣).

(ثالثا) المصروفات التي أنفقها على المبيع - إذا كان المشتري قد أنفق
على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه فانه يستردها من المالك الذي حكم له
بالاستحقاق وفقا للمادة ٩٨٠/١ مدني سواء أكان يعلم بسبب الاستحقاق
أم لم يكن، وسواء أكان اتفاقا بعد دفع دعوى الاستحقاق عليه أو قبل ذلك،
وبالتالي لا يجوز له أن يطالب بها البائع، ولذلك لم تنص عليها المادة ٤٤٣.
أما إذا أنفق مصروفات نافعة كإقامة طبقة جديدة فوق البناء أم استصلاح
أرض بور، فإن كان ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق وكان لا يعلم وقت
اتفاقها سبب الاستحقاق، كان له أن يسترد من المالك من هذه المصروفات
بقدر ما عاد على المبيع من زيادة في القيمة طبقا للمادة ٩٢٥ مدني ورجع
على البائع بالفرق بين زيادة القيمة ومقدار ما أنفق من المصروفات النافعة.

(١) السهوري في المرجع السابق ص ٦٧٩، عبد الباقي نبذة ١٥٦ ص ٢٤٣.

(٢) السهوري في المرجع السابق ص ٦٧٩.

(٣) السهوري في المرجع السابق، منصور ص ١٧٤ نبذة ٨٦، ويلاحظ أن رجوع
المشتري بقيمة الثمار التي ألزم بردها لتصله أياها بسوء نية قبل رفع الدعوى يفترض سبق
وقائه كامل الثمن للبائع، وإلا فانه يخضع من قبضة هذه الثمار قيمة فوائده الباقي في ذمته من
الثمن (في هذا المعنى انظر شنب ص ١٩٨).

وإن كان بعد الشراء ووقت انقضاء هذه المصروفات النافعة قد علم سبب الاستحقاق فيكون حكمه حكم الباني نسيء النية أى أنه ينضع لخيار المالك اذ يجوز لهذا أن يطلب إزالة المنشآت التي أقامها المشتري مع التعرض إن كان له وجه ، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى الزيادة التي حصلت بسببها في قيمة المبيع (المادة ٩٢٤ مدني) ، فيرجع المشتري على البائع بياق ما أتفق بعد استئصال ما حصله من المالك^(١) ، ما لم يثبت أن سبب الاستحقاق كان واضحا وضوحا كافيا يجعل المشتري غلطاً في عدم ادخاله في اعتباره ومجازفاً بانقضاء تلك المصروفات بعد أن انكشف له سبب الاستحقاق أو متعمداً بها أبهاظ البائع أو محاباة المالك فلا يكون له رجوع ، وكذلك الأمر لو بين المشتري الذي لم يكن يعلم وقت الشراء سبب الاستحقاق بعد أن رفعت عليه دعوى الاستحقاق^(٢) .

وإذا أتفق المشتري على المبيع ومصروفات كالية ، فليس له أن يطلب بها المالك ، كما أن ليس له أن يطلب بها البائع إذا كان هذا حسن النية لأن المدين حسن النية لا يلزم إلا بتعويض الضرر المتوقع ولأن قيام المشتري بمصروفات كالية وضياع هذه المصروفات عليه بسبب استحقاق المبيع يعتبر ضرراً غير متوقع لا يسأل عنه المدين إلا أن يكون قد وقع منه غش^(٣) ، ولذلك نصت المادة ٤٤٣ على أن المشتري أن يطلب البائع بالمصروفات الكالية إذا كان البائع سيء النية .

(رابعا) مصروفات الرعاوى — المفروض أن المشتري خسر دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وألزم تبعاً لذلك بمصروفاتها وأنه أدى هذه المصروفات للستحق ، فيكون له أن يطلب بها البائع ، كما له أن يطالبه بمصروفات ادخاله

(١) السنهوري في المرجع السابق ص ٦٨٠ .

(٢) قانون استئناف مخطوط ٢٠ مايو ١٩١٢ (٢٤ ص ٣٨٠) ، ٩ يونيو ١٩١٣

(٢٥ ص ٤٢٧) .

(٣) استئناف مصر ١٤ مايو ١٩٤٧ المبدوعة ١٨-٦٩٥-٤١٠ .

في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وبمصرفاتها التي يرجعها عليه مطالباً بالتعويض عن الاستحقاق . ويستثنى من ذلك ما كان المشتري يستطيع أن يتقبه لو أخطر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم بحيث كان البائع يستطيع أن يختصر اجراءات التقاضي وتفقائه لأن الخسارة التي تحملها في هذه الحالة بسبب طول الاجراءات وكثرة النفقات كانت بخطأ منه هو . ويقع على عاتق البائع في هذه الحالة عبء اثبات أنه كان يمكن اختصار الاجراءات لو تم اخطاره في الوقت الملائم^(١).

(خاصاً) تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقال المبيع - ويشمل ذلك بوجه خاص الأرباح التي حرم منها المشتري بسبب زيادة قيمة المبيع عن الثمن المتفق عليه عند البيع وما يكون قد طرأ من زيادة فيما بعد البيع الى يوم الاستحقاق^(٢)، سواء أكانت هذه الزيادة بعمل المشتري أم بغير عمله كالظروف الطارئة أو الظروف الاقتصادية العامة .

٢١٠ - من المشتري في فسخ البيع وفي ابطاله - تقدم أن استحقاق المبيع في يد المشتري يعتبر اخلاقاً بالتزام الضمان الذي يقع على البائع ، وأنه يؤدي طبقاً للقواعد العامة الى تحويل المشتري أن يطلب اما التنفيذ بمقابل واما الفسخ . وقد طبقت المادة ٤٤٣ حكم التنفيذ بمقابل ، دون اخلال بحق المشتري في فسخ العقد أو ابطاله .

فيجوز إذن للمشتري أن يتجاوز عن طلب التنفيذ بمقابل ، وأن يطلب الفسخ . ويكون له بناء على ذلك أن يسترد الثمن الذي دفعه وأن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الأضرار التي أصابته بسبب الاستحقاق . وتكون مصلحة

(١) السنيوري في الوسيط ج ٤ ص ٦٨٢ .

(٢) استحقاق مصر ١٦ فبراير ١٩٤١ المطامة ٢١ - ٨٩٩ - ٣٧٨ ، الاسكندرية

الوطنية ٢٧ يناير ١٩٤١ المطامة ٢١ - ٦٠٦ - ٢٦٢ .

المشتري في طلب الفسخ إذا كانت قيمة المبيع قد نقصت وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع ، فإن الفسخ يحوله الحق في استرداد كل الثمن الذي دفعه في حين أن التنفيذ بمقابل لم يكن يحوله إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

وفوق ذلك فإن استحقاق المبيع للغير يحمل في ذاته الدليل على أن البيع ورد على ملك الغير ، واذن يجوز للمشتري أن يستغنى عن طلب التنفيذ بمقابل وعن طلب الفسخ بطلب ابطال البيع مع التمويض لوروده البيع على مال غير مملوك للبائع .

غير أنه في ظل التقنين الملقى لم تكن للمشتري مصلحة في ابطال البيع بدلا من فسخه أو من طلب تنفيذه بمقابل لأن أحكام بيع ملك الغير لم تكن تحوله في حالة ابطال العقد أن يطالب البائع بتعويضات إلا إذا كان هو حسن النية والبائع سيئ النية^(١) في حين أن قواعد الفسخ وقواعد التنفيذ بمقابل تعطى المشتري الحق في التعويضات بقطع النظر عن حسن نيته وسوء نية البائع . لذلك كان المشتري يفضل دائما أن يسلك سبيل الفسخ أو سبيل التنفيذ بمقابل على أن يطلب ابطال البيع .

وقد تقدم أن محكمة النقض قررت أنه إذا لم يكن المشتري قد تسلم المبيع إلى حين استحقاقه للغير فلا يجوز له أن يطلب الفسخ أو التنفيذ بمقابل ولا يكون له إلا أن يطلب ابطال العقد ، وبالتالي لا يكون له الحق في التعويضات إلا إذا كان هو حسن النية والبائع سيئ النية .

على أن ذلك لا يفيد حتما أنه إذا وقع الاستحقاق بعد أن تسلم المشتري المبيع لا يجوز للأخير ابطال العقد ويتعين عليه أن يختار بين الفسخ أو التنفيذ بمقابل ، بل يستفاد عكس ذلك من المذكرة الإيضاحية للمواد ٦٣٢-٦٣٤ من المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني حيث جاء فيها أنه يجب أن تلاحظ

(١) انظر استئناف مصر ٢٦ فبراير ١٩٤١ المجلة ٢١-٨٩٩-٣٢٨ .

العلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فان الاستحقاق اذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير ، اذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي ، ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير ، ويترتب على ذلك أن المشتري ، في بيع ملك الغير ، يكون بالخيار ، اذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع أو ابداله أو الرجوع بضمان الاستحقاق .

٢١١ - أموال المستحقين الجزئي وعلمها - ويكون الاستحقاق جزئياً اذا نزح من للمشتري جزء مفرز أو شائع من المبيع ، أو حكم للغير بحق منفرع عن حق ملكية المبيع كحق ارتفاق أو استعمال أو سكنى ، أو بمال يعتبر من ملحقات المبيع . فإذا ادعى الغير حق ارتفاق على المبيع وحكم له به ، أو اذا كان للمبيع حق ارتفاق على عقار آخر فنزاع مالك العقار في وجود الارتفاق وحكم له باتقضاء ذلك الحق ، اعتبر ذلك استحقاقاً جزئياً .

وقد نصت المادة ٤٤٤ مدني على أنه :

١ - اذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف ، وكانت خسارة المشترط من ذلك قد بلغت قدراً لو عليه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أقاده منه .

٢ - فإذا اختار المشتري استيفاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت بتبلغ القدر المعين في الفقرة السابقة ، لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

ويخلص من ذلك أن المشرع يفرق في الاستحقاق الجزئي بين حالتين :

(١) الحالة التي يكون فيها الاستحقاق الجزئي بالفاً حداً من الجسامة بحيث لو عليه المشتري قبل التعاقد لما أبرم العقد .

(٢) والحالة التي لا يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي هذا الحد من الجسامة .

بقى الحالة الأولى يجوز للمشتري أن يعتبر أن الاستحقاق الجزئي يحمل وفاة البائع بالتزاماته وفاء جزئيا وأن يرفض هذا الوفاء الجزئي ، فيرد الباقي من المبيع وما أفاده منه الى البائع ويرجع عليه بما يترتب على عدم الوفاء الكلى ، أى أن يطالبه بالتعويضات التي نصت عليها المادة ٤٤٣ أو بفسخ البيع مع التضمنات ، كما يجوز له أن يحتفظ بالباقي من المبيع وأن يقتصر على طلب تعويض عن القدر الذي استحق من يده ، أى أنه يكون له الخيار بين الفسخ وعدمه . غير أنه اذا اختار الفسخ وكان سبق له رهن العقار المبيع فان الفسخ لا ينفذ في حق الدائن المرتهن حسن النية ، بل يبقى رهنه قائماً وفقا للمادة ١٠٣٤ مدني^(١) .

أما في الحالة الثانية فان المشتري لا يجوز له أن يرفض الباقي من المبيع بعد الاستحقاق حتى يطبق على البائع أحكام عدم الوفاء الكلى ، وانما يكون له فقط أن يحتفظ بباقي المبيع وأن يطلب تعويضاً عن الجزء الذي استحق . وفي كلتا الحالتين فان التعويض المستحق للمشتري لا يقتصر على نقص الثمن بنسبة ما استحق من المبيع ، بل يشمل تعويض كل ما أصاب المشتري من أضرار بسبب الاستحقاق الجزئي .

٢١٢ - موثقات المدة لمظام الضمان - والأصل في التزام الضمان كما في غيره من الالتزامات العقدية أنه يخضع لإرادة المتعاقدين . فاذا لم ينصا في شأنه على شيء ، سرت عليه أحكام المواد ٣٩٩ وما بعدها . وقد نصت المادة ٤٤٥ فقرة أولى صراحة على أنه يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان .

(١) أنظر كتابنا في التأمينات المبنية الطبيعة التالية سنة ١٩٥٩ نفاة ٥٥ .

وقد أنشأ المشرع قربة قانونية على أن البائع قد اشترط عدم الضمان فيما يتعلق بحق الارتفاق المرتب على العين المبيعة إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري (المادة ٤٤٥ فقرة ثانية) .

وإذا اشترط البائع إعفاه من الضمان كله أو بعضه، وكان قد تعمد إخفاء حق الأجني، فإن هذا الشرط يقع باطلا ولا يعفى البائع من شيء (المادة ٤٤٥ فقرة ثالثة) .

أما من حيث أثر شرط الإعفاء الصحيح، فإنه لا يترتب عليه بأي حال إعفاء البائع من المسؤولية عن أي استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك (المادة ٤٤٦ فقرة أولى) .

أما بالنسبة للتعرض للقانون الصادر من الغير، فإن الاتفاق على عدم الضمان يعني البائع من التزامه بالتعويضات التي يستحقها المشتري ولكن لا يعفيه من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق^(١) أو أنه اشترى ساقط الخيار (المادة ٤٤٦ فقرة ثانية) .

وقد جرى القضاء على أن اشتراط الضمان في عقد البيع بالفاظ عامة لا يعتبر تعديلاً في الأحكام التي وضعها القانون لهذا الالتزام، إلا أنه إذا كان المشتري والبائع كلاهما عالين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق فإن النص على شرط الضمان في العقد بعبارة عامة - وهو أصلاً لا حاجة إليه - يدل على أن الغرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذي يهدده تأميناً لا يكون إلا بالالتزام البائع بالتضمينات علاوة على رد الثمن في حالة استحقاق المبيع^(٢) .

(١) استئناف مصر ٢٦ يناير ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ - ٦٧ - ٢٢٠ .

(٢) هض مدني ٧ يولي ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ - ١٢٠ - ١١١ . وأيضاً

استئناف مصر ١٦ فبراير ١٩٤١ المحاماة ٢١ - ٨٩٩ - ٣٧٨ .

§ ٢ - ضمان العيوب الخفية

٢١٣ - تمديد ضمان العيوب الخفية وأمواله - لا يقتصر التزام البائع على أن يضمن للمشتري حيازة هادئة ، بل يضمن له أيضاً حيازة نافعة تحقق له الغرض الذي قصد من الشراء . فإذا وجد بالمبيع عيب ينقص من نفعه ، وجب على البائع أن يزيل أثر العيب أو أن يبدل بالمبيع غيره ، والا اعتبر مخلاً بالتزامه ضمان الحيازة النافعة ، واستوجب الجزاء المقرر للاخلال بالالتزامات التعاقدية .

وكان التقنين الملغى ينص على هذا الضمان في المادة ٣٧٧/٣١٣ وما بعدها ويسميه ضمان العيوب الخفية ، وكان يعدد الشروط التي يلزم توافرها في « عيب » المبيع لا يجاب ضمانه على البائع ، ولكنه لم يعرف ما يعتبر عيباً في ذاته . ففرفته محكمة النقض بأنه « الآفة الطارئة التي تخلوها الفطرة السليمة للمبيع » ، كمرض الدابة وقسوس الخشب وشرخ الآنية الزجاجية ووهن أساس الدار ، وقالت في تطبيق ذلك أنه اذا وجد المبيع مصنوعاً من مادة غير المتفق عليها ، فذلك لا يعتبر موجباً لضمان البائع^(١).

وبين من ذلك أن محكمتنا العليا كانت تفرق في ظل التقنين الملغى بين عيب المبيع وهو الآفة الطارئة على الفطرة السليمة ، وبين تخلف صفة في المبيع لا تقتضيها فطرته السليمة ، وتقتصر ضمان العيوب الخفية على الحالة الأولى دون الثانية ، مع عدم الاخلال بتطبيق أحكام الغلط في الحالة الثانية اذا كانت الصفة المتخلفة والتي كان المشتري يعتقد توافرها وقت العقد من الصفات التي يعتبر الغلط بشأنها مفسداً للرضا وفقاً للمادة ١٣٤/١٩٤ مدني قديم .

(١) محض ٨ أبريل ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥-٢٧-١٩٦٠ .

وقد نصت المادة ٤٤٧ مدى على أن :

د ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له . ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن علماً بوجوده .

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، الا اذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أثبت أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه .

ويبين من هذا النص أن المشرع الحديث لم يجعل ضمان البائع العيوب الخفية مقصوراً على حالة العيب بالمعنى الذي سبق أن عرفته به محكمة النقض في ظل التقنين الملغى بل مده الى حالة أخرى هي حالة عدم توافر الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع والتي لا يعتبر مجرد تخلفها آفة طارئة أو عيباً ، كما اذا كفل بائع سيارة معينة للمشتري أنها تقطع مائتي كيلو متراً بصفيحة البنزين الواحدة أو أن سرعتها تبلغ مائة كيلو متراً في الساعة ، فظهر أنها لا تقطع أكثر من مائة وستين كيلو متراً بالصفيحة وأن سرعتها لا تجاوز ثمانين كيلو متراً في الساعة ، فإن ذلك قد لا يكون نتيجة آفة طارئة على السيارة ، ولكنه بحسب نص التقنين الحالي يجوز أن يوجب ضمان البائع لتخلف صفة كفلها البائع للمشتري .

غير أنه يلاحظ أنه ليس كل تخلف لأي صفة في المبيع يوجب ضمان البائع وتنطبق عليه أحكام ضمان العيوب الخفية - ذلك أن الصفات التي تصف بها المبيع أو يتفق على وجوب انصافه بها اما أن تكون صفات لازمة لتعيينه كما

في المثليات أو غير لازمة لذلك كما في القيميات . ففي الحالة الأولى يكون اشتراط صفات معينة في المبيع مقصوداً به تعيينه - كما اذا تعاقدت مع تاجر أثاث على أن يورد لي عشرة كراسي مصنوعة من خشب القرو ومكسوة بقماش من الحرير الطبيعي صنع شركة مصر لنسج الحرير - فيلتزم البائع بتسليمي قدراً من المثليات متصفاً بهذه الصفات . فإذا سلم شيئاً لا تتوافر فيه إحدى هذه الصفات ، لم يعتبر أنه وفى بالتزامه بالتسليم وفاء كاملاً صحيحاً ، ويجازى أن أوقع عليه جزاء الإخلال بهذا الالتزام كما تقدم .

أما اذا كان المبيع معيناً بالذات ، فان تسليمه يتم ولو لم يجد فيه المشتري صفة معينة كان يعتقد أو يتوقع توافرها فيه ، ولا يكون للمشتري أن يطلب توقيع جزاءات الإخلال بالالتزام بالتسليم . وحينئذ يلزم التفرقة بين الحالة التي يكون فيها البائع قد كفل للمشتري توافر صفة معينة في المبيع والحالة التي لا يكون فيها البائع قد كفل توافر هذه الصفة .

وفي هذه الحالة الأخيرة يكون المشتري قد اعتقد خطأ توافر هذه الصفة في المبيع ، فيجوز له أن يطلب بعد أن يتبين حقيقة الأمر إبطال العقد بسبب الغلط اذا توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك ، أى بشرط أن يكون الغلط جوهرياً ومعاصراً للعقد وأن يكون الطرف الآخر قد علم به أو كان في وسعه أن يعلمه .

أما اذا كان البائع قد كفل للمشتري توافر هذه الصفة ، فان عدم توافرها يوجب ضمان البائع وفقاً لأحكام ضمان العيوب الخفية ، ولا يشترط في ذلك أن تكون تلك الصفة المتخلفة جوهرية ، ولا أن يكون تخلفها معاصراً للعقد فيكتفى بتخلفها وقت تسليم المبيع ، ولا يشترط أن يكون البائع عالماً بتخلفها أو في وسعه أن يعلمه .

وبناء على ذلك ينحصر تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية في الحالات التي

يوجد فيها بالمبيع عيب ، أى آفة طارئة ، وفى الحالات التى يكون فيها المبيع معينا بالذات ويكون البائع فيها قد كفل للمشتري توافر صفة معينة فى المبيع المعين بالذات ثم لا تتوافر هذه الصفة وقت تسليم المبيع كما فى كفاية درجة معينة من السرعة فى السيارة المبيعة وعدم توافر ذلك فيها عند تسليمها .

٢١٤ - شروط العيب الموجب للضمان - يخلص من هذا النص أنه يشترط فى العيب الموجب للضمان : (١) أن يكون عيباً قديماً ، (٢) ومؤثراً (٣) وخفياً .

ويجب على المشتري أن يثبت توافر هذه الشروط الثلاثة ، ويخلص البائع من الضمان اذا هو نقاها كلها أو بعضها .

٢١٥ - (١) يجب أن يكون العيب قديماً - كانت المادة ٣٢٣ / ٣٩٧ - ٣٩٨ من التقنين الملغى تنص على أن : لا يكون العيب موجبا للضمان الا اذا كان قديماً . والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع فى المبيع اذا كان عيباً معينة أو العيب الموجود وقت تسليمه اذا لم يكن عيباً معينة . وقد أخذ على هذا النص أنه اذا أعفى البائع من ضمان العيب الخفى الذى ينشأ فى المبيع القيمى فى الفترة ما بين العقد والتسليم ، كان يتعارض مع نص المادتين ٢٩٧ / ٣٧١ و ٣٧٢ اللتين كانتا تجعلان على البائع تبعه هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم .

وتنص المادة ٤٤٧ فقرة أولى من التقنين الحالى على أن : يكون البائع ملوما بالضمان اذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه وقد حدا ذلك فريقاً من الشراح الى القول بأن المشرع قصد بهذا النص أن يدرأ الاعتراض الذى وجه الى نص التقنين الملغى اذا اكتفى بأن يكون العيب الموجب للضمان موجوداً وقت التسليم ولم يشترط وجوده وقت العقد ،

ففسق بذلك بين ضمان البائع عيب المبيع وبين تحمله تبعة الهلاك^(١) .

غير أن إمعان النظر في النص الجديد يسمح بالقول بأن المشرع لم يقصد به تعديل حكم التقنين الملقى في هذا الشأن وأنه لم ينظر الى وقت التسليم فيما يتعلق بتوافر العيب بمعناه التقليدي الاصل بل نظر اليه فقط فيما يتعلق بعدم توافر صفة معينة في المبيع كفل البائع وجودها فيه وهي حالة الضمان التي استحدثها المشرع في التقنين الحالي . فالتص يقول أن البائع يكون ملزماً بالضمان « اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للبشترى وجودها فيه أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته . . . » ، فهو يعين وقت تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها ولا يعين وقت وجود العيب الذي ينقص من قيمة المبيع ، أى أنه يترك أمر الوقت الذي يلزم وجود العيب فيه دون تحديده بوقت التسليم . ويبين من المذكرة الايضاحية أن المقصود بذلك الإبقاء على حكم التقنين القديم في هذا الشأن، حيث تقول انه يشترط « أن يكون هذا العيب موجوداً وقت البيع ، وهذا ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم » ، ثم تستعرض المذكرة نصوص التقنين الملقى وتقول انه يخلص من مجموعها الشروط السابق ذكرها المستفادة من النصوص الجديدة (ومنها كما تقدم أن يكون العيب موجوداً وقت البيع^(٢)) .

هذا اذا كان المبيع معينا بالذات. أما ان كان مثلياً فلا يمكن تحقيق العيب به طالما لم يتم تعيينه بالذات من طريق فرزهِ . فيكتفى وجود العيب به وقت

(١) أنور سلطان نبذة ٢٧٠ ص ٢٣٩ ، امل نبذة ٢٢٤ ص ٣٨٢ ، عبد الباقي نبذة ١٦٨ ص ٢٨ ، البدراوى نبذة ٣٣٩ ص ٥٠٥ ، اسماعيل خامس ١٩٣ . فربس ذلك نص المادة ٥٧٦ من مرشد الميراث والمادة ٥٥٨ مدني عراقى .

(٢) في هذا المعنى منصور مصطفي منصور ، في تحديد فكرة العيب المبرجة للضمان ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الأولى ص ٥٧٦ حيث يقول : « وإذا قيل ان عبارة النص تحمل من الناحية اللغوية أن تصرف كلمة « وقت التسليم » الى الحالتين ما ، فهي على أية حال لا تعطل بهذا المعنى . فاذا تاركتك حول دلالة عبارة النص ، فالتذكرة الايضاحية لنص المصروع التهيدي ابقى لا تختلف عبارة عن عبارة المادة ٤٤٧ صريحة في أن شرط

فرزه ولو لم يتم تسليمه ، ولا يكتفى بوجود العيب به عند تسليمه إذا لم يكن قد وجد به عند فرزه (١) .

وليس معنى عدم ضمان البائع العيب الذى يطرأ على المبيع فيما بين البيع (أو الفرز) والتسليم أن تبعة هذا العيب تقع على طاق المشتري ، بل انه اذا أمكن اعتبار هذا العيب بمثابة هلاك جزئى فان تبعته تقع على طاق البائع طبقا للقاعدة التى تقضى بأن هلاك المبيع قبل التسليم يكون على البائع (المادة ٤٣٧) . ولا تناقض بين ذلك وبين نفي الضمان عن البائع ، لأن الضمان شئ وتحمل التبعة شئ آخر ، اذ الأول يستتبع مسئولية البائع عن كافة الأضرار التى يسببها للمشتري فى حين أن الثانى لا مسئولية فيه ويقتصر أثره على فسخ العقد واسقاط التزامات المشتري مقابل انقضاء التزامات البائع باستحالة الوفاء (٢) .

وقصارى القول اننا نرى أنه يشترط فى تطبيق حكم المادة ٤٤٧ أن يكون العيب قديما أى موجوداً وقت البيع أن كان المبيع معيباً بالذات ، أو وقت فرز المبيع أن كان مثلياً . أما أن كان الضمان عن عدم توافر صفة كفل البائع وجودها فى المبيع فيكتفى بخلف هذه الصفة وقت التسليم كما يقضى بذلك صريح النص ، وأن كان ذلك محل نقد من بعض الفقهاء (٣) .

== القدم مبنى وجود العيب وقت القصد . انظر أيضاً كتابه فى البيع والمناخاة والايجار ص ١٩٥ ، لبب شطب نيزة ١٧٨ ص ٢٢٩ ، راجع المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التوضيحية ج ٤ ص ١١٠ و ١١١ .

(١) فى هذا المعنى منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٧٩ .

(٢) فى هذا المعنى أيضاً منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٧٧ .

(٣) انظر منصور فى بحثه المشار اليه ص ٥٧٩ حيث يقول : « ومن المحصور أن يكتفى بالبائع للمشتري وجود صفة فى المبيع تكون موجودة فعلاً وقت العقد ثم تختلف بعد ذلك »

ويعتبر العيب أنه قد وجد منذ وجود جرثومته . فإذا مرضت الدابة بعد البيع وقبل التسليم فأنها تعتبر معيبة لا من وقت ظهور المرض لحسب بل من الوقت الذى ثبت أن جرثومة المرض قد أصابتها فيه ، فإن كان ذلك الوقت ليس تاليا لوقت العقد ضمن البائع والا فلا ضمان عليه .

٢١٦ - (٢) يجب أنه يكونه العيب مؤثرا - لا يضمن البائع عيب المبيع الا اذا كان هذا العيب يؤدي الى نقص فى قيمة المبيع أو فى نفعه .

ويرجع فى التحقق من حدوث النقص فى قيمة المبيع أو فى نفعه أو عدم حدوثه الى معيار مادى لا الى المعيار الشخصى ، فينظر الى قصد المتعاقدين كما هو مبين فى العقد أى الى الارادة الظاهرة لا الى الارادة الحقيقية لكل من العاقدين ، [والى طبيعة الشيء والى الغرض الذى أعد له بوجه عام ، لا الى الغرض الخاص الذى كان ينوى المشتري أن يستعمله فيه ما لم يكن قد أعلم البائع بهذا الغرض^(١) .

ويعتبر أن بالمبيع عيباً مؤثراً اذا خلا المبيع من صفة كفل البائع للمشتري وجودها فيه (المادة ٤٤٧ فقره أولى) ، سواء كانت تلك الصفة جوهرية أو لم تكن كذلك .

ولا يعتبر العيب مؤثراً اذا كان العرف قد جرى على التسامح فيه (المادة ٤٤٨ مدنى) ، أو كان النقص الذى يؤدي اليه فى قيمة المبيع أوفى نفعه تافهاً لا يعتد به .

== وقبل التسليم ، كما لو كفل بائع الأرض الزراعية للمشتري أن مستواها أكثر انخفاضاً من مستوى مياه الري بحيث لا يحتاج فى ربحها الى آلات لرفع المياه ، ثم يتغير نظام الري بفعل السلطة . فتنخفض مستوى مياه الري بحيث لا يمكن ري الأرض الا بالآلات رافعة . ويدعو لنا أن رجوع المشتري على البائع فى هذا الغرض ضمان العيب ، وهو مقتضى النص الصريح ، لا يتفق مع العدالة ، وكان الأولى أن نسوى بين حالتى تخلف الصفة والعيب بمعنى الآفة فى شرط القدم ... » .

(١) - انظر لبيب حنبل ص ٢٢٣ .

٢١٧ - (٣) يجب أنه يكونه العيب غيباً - كان التقنين الملقى بنص صراحة على ضرورة هذا الشرط ، فقد كانت المادة ٣٨٧/٣١٣ منه تقضى بأن «البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع . . .» ، وكانت المادة ٣٩٥/٣٢٠ تنص على أن «لا وجه لضمأن البائع اذا كان العيب ظاهراً أو علم به المشتري علماً حقيقياً» . ومنها يظهر أن المشرع قد قابل بين العيب الخفي من جهة ، والعيب الظاهر أو الذى علم به المشتري من جهة أخرى، وأنه أوجب على البائع ضمان الأول دون الثانى ، وأنه جعل عبء اثبات خفاء العيب واقعاً على عاتق المشتري ثم نص صراحة على جواز دفع البائع هذا الضمان باثبات ظهور العيب أو علم المشتري به علماً حقيقياً ، لأنه اذا كان العيب ظاهراً أو ثبت علم المشتري به وقت العقد ، فلا بد أن يكون المشتري قد راعى ذلك فى تحديد الثمن الذى قبل أن يشتري به ؛ فلا محل لتحويله حق الرجوع على البائع بالضمان بسبب هذا العيب .

أما التقنين الحالى ، فإنه أذ نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى على ضمان البائع ما يوجد فى المبيع من عيب ثم استدرك على ذلك فى الفقرة الثانية من المادة ذاتها بأن قرر عدم ضمان البائع العيب الظاهر أو الذى علمه المشتري ، قد قابل - كالتقنين الملقى - بين العيب الخفى من جهة ، والعيب الظاهر أو الذى علمه المشتري من جهة أخرى ، وأوجب على البائع ضمان الأول دون الثانى ، ولكنه حاد عن حكم التقنين الملقى فيما يتعلق بعبء اثبات الخفاء ، حيث اكتفى لقيام ضمان البائع بأن يثبت المشتري قدم العيب وتأثيره ولم يتطلب منه اثبات خفاء العيب ، بل افترض توافر هذا الشرط فرضاً قابلاً لاثبات العكس من طريق اثبات البائع ظهور العيب أو قابليته للظهور بالفحص المعتاد أو علم المشتري به فعلاً .

وبين من ذلك أن شرط الخفاء يقتضى أن يكون العيب غير ظاهر وأن يكون المشتري لم يعلم به^(١) . فاذا تخلف أحدهذين الشقين انتفى الخفاء وكان العيب

(١) محس مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ بحكمة أحكام المحس ١٣-٨٠٨-٥٢٢٩ .

غير موجب الضمان^(١) - ويقع عبء اثبات تخلفهما أو أحدهما أو عبارة أخرى عبء اثبات ظهور العيب أو علم المشتري به على عاتق البائع .
ويكون العيب ظاهراً ولا يوجب الضمان إذا كان المشتري يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي^(٢) (المادة ٤٤٧/٢) . وليس المقصود باستطاعة المشتري تبيين العيب بنفسه أن يكون في إمكانه بمعلوماته الشخصية كشف العيب ، بل المقصود أن يكون في وسعه كشفه بوسائله الخاصة دون حاجة الى معاونة البائع له في ذلك ، ولو احتاج الى معاونة أهل الخبرة أو التخصّص في مثل المبيع^(٣) . أما إذا أثبت البائع أن العيب بما يمكن كشفه لو بذل المشتري عناية الرجل العادي في فحص المبيع ، ولو بالاستعانة بأهل الخبرة أو التخصّص في الحالات التي يلجأ فيها الرجل العادي الى ذلك ، فإنه ينفي بذلك صفة الخفاء في العيب ويخلص من الضمان .

وكذلك لو كان العيب غير ظاهر بهذا المعنى وأثبت البائع أن المشتري قد علم به وقت العقد (المادة ٤٤٧/٢) ، فإنه لا يعتبر خفياً بالنسبة الى المشتري ولا يخوله الرجوع على البائع بالضمان .

(١) نفس مدني ٤ ديسمبر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٦١ الهامزة ٢٨ - ١٠٢٢ - ٤١٤ ، منصور في محله المشار اليه ص ٥٦٨ .

(٢) نفس مدني ٤ ديسمبر ١٩٤٧ الهامزة ٢٨ - ١٠٢٢ - ٤١٤ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٦١ وقد جاء فيه أن العيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه العين البصيرة ولو لم يكن في متناول ادراك غيره . فليس من يار الظهور في العيب مياراً شخصياً يخاطب بخافوت المستوى في الأسفار المختلفة بل مياراً متيناً بذاته لا يتغير بمقتضى نظر الفحص العيان المتبني للأمر .

وأيضاً نفس مدني ١٤ يونيو ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ - ٨٠٨ - ١٢١ وقد جاء فيه أنه متى استخلص المحكم المطون فيه استخلاصاً سائفاً من واقع الدعوى وملابساتها أن العيب الخفي الذي وجد بالمبيع يحمل المطون عليهما خسارة لما يبيح من عيب في قيمة المبيع ومنفخته وأنه لم يكن في مقدورهما تبيينه بعناية الرجل المتدرب المحكم على ذلك استخلاصاً قسرياً نظير ما قاما من كسب بنفسه العقد ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه لسوء .

(٣) أنور سلطان بقعة ٣٩٣ ص ٣٠٩ ، امام بقعة ١٢٢ ص ٣٧٩ ، البدرأوى ص ٥٠٢ بقعة ٣٣٦ ، لبيب شنب بقعة ١٧٧ .

ويؤخذ من اشتراط القائلون في علم المشتري الذي يتفق معه الضمان توافره وقت البيع أن هذا الشرط مقصور على حالة المبيع المعين بالذات ، لأن المبيع المعين بالنوع فقط لا يتصور تعييه كما لا يتصور هلاكه ، وإذا كان ممكناً ثبوت العيب عند فروزه ، فإن توافر العلم بالعيب وقت الفرز اللاحق للعقد لا ينفي قيام الضمان من وقت العقد مادام العلم بالعيب في هذا الوقت كان غير متصور^(١).

ولا محل لاشتراط هذا الشرط بشقيه في الضمان الذي استحدثته التقنين الحالي عن تخلف صفة كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع ، لأن كفاية البائع وقت العقد وجود هذه الصفة يدل بذاته على عدم ظهورها بشكل قاطع وعلى عدم علم المشتري بتخلفها^(٢).

وبناء على ذلك لا يضمن البائع عيب المبيع ، ولو كان عيباً قديماً مؤثراً وكان المبيع معيباً بالذات ، في الحالات الآتية :

(١) إذا كان المشتري قد علم بوجود العيب في المبيع علماً فعلياً وقت البيع^(٣).

(ب) إذا لم يعلم المشتري بوجود ذلك العيب فعلياً ولكن كان في وسعه أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، أي إذا كان العيب ظاهراً بذاته أو كان ممكناً ظهوره لدى الفحص العادي ، كما إذا اشترى منزلاً ظاهر القدم ، أو به شرح في أحد جدرانه ، أو تهرز أسقفه .

(١) قد هذا المثل لب شبب بقعة ١٧٧ ص ٢٢٥ .

(٢) في هذا المثل منصور في بحثه المعلق اليه ص ٥٦٨ و ٥٦٩ .

(٣) نفس مدني ١٤ روي ١٩٦٧ مجموعة أحكام المحس ١٣ - ٨٠٨ - ١٢٩ وقد جاء فيه أن العلم المبطل لمدعي الضمان لعيب المثل هو العلم الحقيقي دون العلم الافتراضي ، ومن ثم فإن نمر مسموم اعتماد وقوع البقار المبيع داخل خط النظام بالمريضة الرئيسية لا يدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب ... ولأن مجال تطبيق المادة ٤١٩ مدني هو حالة حصول خلل في المبيع ، ولما خلل ظهور السموم المتية فيمكنها من المادة ٤١٩ مدني هو حالة حصول خلل في المبيع ، من طلب الفسخ أن يكون المشتري قد أمر عند تسليم المبيع بأنه عاينه عناية كافية فجهله .

(٢٧ - صيح)

على أنه إذا كان العيب غير باد للعيان ولكن يمكننا ظهوره لدى الفحص العادى كزيادة استهلاك السيارة للبنزين زيادة غير عادية بالنسبة الى نوع السيارة ، ولم يقم المشتري بهذا الفحص اعتمادا على تأكيد صريح من البائع بخلو المبيع من هذا العيب ، فان المشتري لا يكون مقصراً في عدم فحص المبيع ويلزم البائع ضمان هذا العيب (المادة ٤٤٧/٢) . غير أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون التأكيد جدياً يحمل معنى الضمان^(١) ، أما اذا صدر من البائع على سبيل الترويج والدعاية لبضاعته فانه لا يعنى المشتري من فحص المبيع ولا يلقى على البائع ضمان العيب مادام كان يمكناً تبينه .

وكذلك اذا كان في وسع المشتري أن يتبين العيب بفحص المبيع بعناية الرجل العادى وثبت أن البائع قد تمعد اخفاء العيب غشاً وتديباً (المادة ٤٤٧/٢) ، كما اذا باع شخص آلة مكسورة بعد أن لحما وزدها بطلاء يخفي اللحام وابعاها على أنها جديدة أو سليمة ، فانه يضمن العيب ولو كان المشتري

(١) على مدى ١٤ يونه ١٩٦٢ مجموعة أحكام القضاة ١٣ - ٨٠٨ - ١٢١ حيث جاء فيه أنه متى كان الحكم المظنون فيه قد استند في فصلاته بفسخ البيع الى وجود عيب خفى بالمبيع أكد البائع في العقد خلوه منه مما يعد اخلافاً بالتزامه بالأن يكون المبيع عملاً بتكليف أو مشوياً ببعب خفى ، وفقاً لقاعدة ١/١٥٧ مدنى ، فانه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

وقد قرر أيضاً أن يعتبر العيب خفياً متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يلمه أو اذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المتاد الذى صارف الناس الى القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة ولحساً معيناً أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المتاد وأثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أثبت أنه تمعد اخفاء العيب غشاً منه . فانما كانت محكمة الموضوع قد خلطت - في استخلاص نتائج - من فهم الواقع في الدعوى وجود عيب خفى في المبيع هو وقرعه داخل خط التنظيم من قبل حصول البيع وأن المشتري لم يثبت وجود هذا العيب عند التعاقد لأنه لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته وأنها لم يكن في استطاعتها أن يثبتاه بأعصهما وقت الفراغ لوفلا غاية الرجل المتاد - وأنها لم تحيا بهذا العيب عند التعاقد لما أهدما على الفراغ وخاصة وقد أكد البائع خلو العطار المبيع من كافة الحقوق البيعية ظاهرة أو مستترة - فان ما انتهت اليه المحكمة لا علاقة فيه للقانون .

لم يندل عناية الرجل المادى فى فحص المبيع وكشف العيب ، وذلك سواء نصح
غش البائع فى اخفاء العيب أو لم ينصح .

أما اذا كان المبيع معيناً بنوعه لو كان الضمان متعلقاً بتخلف صفة كفل
البائع للمشتري وجودها فى المبيع ، فلا محل لاشتراط الحفا .

٢٢٠ - علم البائع بشرط - متى وجد بالمبيع وقت تسليمه عيب
مؤثر خفى قديم ، ضمنه البائع سواء أكان قد علم بوجوده أم لم يكن (المادة ٤٤٧)
فقرة أولى مدنى) ، وذلك لأن علم البائع أو عدمه لا يؤثر فى مبدأ الضمان .
ولكن يلاحظ أنه يترتب على علم البائع بالعيب واخفاء أمره عن المشتري
ما يترتب على الغش من تشديد للمسئولية العقدية ، فيصبح البائع مسئولاً ليس
عن الأضرار المتوقعة لحسب ، بل أيضاً عن الأضرار غير المتوقعة (المادة
٢٢١ فقرة ثانية مدنى) .

وسرى أنه يترتب عليه أيضاً اطالة مدة تقادم دعوى الضمان (راجع نبذة
٢٢٩) ، وبطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو على انقاصه (راجع نبذة ٢٣١) ،
وعدم سقوط حق المشتري فى الضمان بسبب إهماله فى فحص المبيع أو إهماله
فى إخطار البائع بوجود العيب فيه (راجع نبذة ٢٢١) .

٢٢١ - وجوب مبادرة المشتري الى إخطار البائع بالهيب -
نصت المادة ٤٤٩ مدنى على أنه « اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه
التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للألوف فى التعامل . فاذا
كشفت عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فان
لم يفعل اعتبر قابلاً للبيع . أما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالتقصص
المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطره به البائع بمجرد ظهوره والا
عتبر قابلاً للبيع بما فيه من عيب » .

ويؤخذ من ذلك أنه يجب على المشتري متى تسلّم المبيع أن يبادر إلى التحقق من حاله بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للألوف في التعامل . فإن ظهر له عيب موجب للضمان وجب أن يبادر إلى إخطار البائع به خلال مدة معقولة . ويقدر القاضي ما إذا كان المشتري قد بادر إلى فحص المبيع لكشف عيبه بمجرد تمكنه من ذلك وفقاً للألوف في التعامل أو أنه أبطل وتهاون في ذلك ، وما إذا كان الإخطار بالعيب قد تم خلال مدة معقولة أو لم يمتد بعد فوات المدة المعقولة .

فإن أهمل المشتري في فحص الشيء أو في الإخطار بالعيب بعد كشفه ، عد قابلاً للبيع بحالته وسقط حقه في الرجوع على البائع بالضمان ولو لم تنقض المدة اللازمة لتقادم دعوى الضمان وهي سنة من تاريخ التسليم ، إلا إذا كان البائع يعلم بوجود العيب وتعمد إخفاءه عن المشتري غشاً منه ، فإن ذلك يمنع سقوط حق المشتري في الضمان بسبب إهماله في فحص الشيء أو في إخطار البائع بوجود العيب .

غير أنه إذا كان العيب مما لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد بل يحتاج في ذلك إلى خبرة فنية ، فلا يسقط حق المشتري في الضمان لمجرد إهماله الفحص المعتاد ، ويبقى له حقه في الضمان طوال المدة اللازمة لإجراء الفحص الفني بحسب الألوف في التعامل ، أو لعدم كشفه هذا العيب مع قيامه بالفحص المعتاد ، ويجوز له الرجوع بالضمان متى أسفر هذا الفحص الفني عن ظهور للبائع العيب على أن يبادر بإخطار البائع به بمجرد ظهوره ، فإن أهمل في هذا الإخطار عد قابلاً للبيع بحالته وسقط حقه في الضمان^(١) .

وليس للإخطار شكل معين ، فيجوز أن يتم بانذار على يد محضر ، أو بخطاب ، أو بتضييع شئوى بشرط إمكان إثباته . ويقع عبء هذا الإثبات

على عاقي المشتري ، ويجوز له اثبات ذلك بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن (١) .

٢٢٢ - محل التزام البائع - يضمن البائع خلو المبيع من العيب ويلتزم إذا وجد به عيب موجب للضمان أن يزيل هذا العيب إن كان ذلك ممكناً ، أو أن يبدل بالمبيع نظيراً له خالياً من العيب . كما يضمن البائع توافر الصفة التي كفل وجودها في المبيع ويلتزم بإيجاد هذه الصفة به أو بأن يبدل بالمبيع نظيراً له تتوافر فيه هذه الصفة .

ويجوز للمشتري أن يطالب البائع بالوفاء بهذا الالتزام عيناً متى كان ذلك ممكناً . وله عند الاقتضاء أن يطلب الترخيص له بأن ينفذ هو هذا الالتزام عيناً على نفقة البائع ، فيشتري شيئاً مماثلاً سليماً أو يصلح عيب المبيع على نفقة البائع ، والا كان له أن يطلب فسخ العقد أو إبقائه مع التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب عيب المبيع على الوجه الذي بينه القانون .

٢٢٣ - جزاء اغتيال البائع بالتزام ضمان العيوب الخفية : (١) في التقنين الملقى - قسم التقنين الملقى فيما يتعلق بالجرائم الذي يترتب على ظهور عيب في المبيع وعدم اصلاحه العيوب الموجبة للضمان قسمين الأول يشمل العيوب الجسيمة أى التي تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له أو تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري بحيث لو علمه المشتري لامتنع عن الشراء . والثاني يشمل العيوب التي لا تبلغ هذا الحد من الجسامه .

فإذا كان العيب من النوع الأخير أى غير جسيم ، كان للمشتري الحق في نقص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة ، ولم يجز له طلب الفسخ لأن ما أصابه من ضرر بسبب عيب المبيع لا يبرر الفسخ (المادة ٣٩٨/٣٩٩) . وقد نصت المادة ٣٩٩/٣٩٩ على أن تنقص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية في حالة

(١) ٩ سنهوى في الوسيط ج ٤ ص ٧٣٧ ، لب شنب بنة ١٨٢ من ١٤٤٤ .

سلامته من العيب وقيمته الحقيقية في الحالة التي هو عليها وتطبيق هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه ، أى أنه إذا كان المبيع يساوى ١٠٠ جنبها وهو سليم ولا يساوى إلا ٧٥ جنبها وهو معيب ، كان للمشتري الحق في انقاص ربع الثمن المتفق عليه لأن المبيع صار لا يساوى إلا ثلاثة أرباع قيمته فلا يلزم المشتري إلا بثلاثة أرباع الثمن المتفق عليه .

أما إذا كان العيب جسيماً ، فقد فرق التقنين الملفى بين حالتى سوء نية البائع وحسن نية ، أى علمه وعدم علمه بوجود العيب . فإن كان البائع سيء النية كان المشتري مخيراً بين فسخ البيع دون اضرار بحقوق الدائمين المرتبهين وبين طلب نقصان الثمن ، مع التعويض في الحالتين (المادة ٣١٤/٣٨٨) . وإن كان البائع حسن النية كان المشتري مخيراً بين فسخ البيع وبين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه دون تعويض في الحالتين (المادة ٣١٥/٣٨٩) .

وكان هذا الحكم الأخير منتقداً من حيث أنه لا يعطى المشتري تعويضاً إذا فسخ ، ويلزمه بكل الثمن إذا احتفظ بالمبيع ، مع أن المفروض أن العيب الذى وجد بالمبيع عيب جسيم ، ومع أنه لو كان هذا العيب أقل جسامته كان يحول المشتري حق تنقيص الثمن كما تقدم .

٢٢٤ - (ب) في التقنين المرفى الحالي - نصت المادة ٤٥٠ مدنى على أنه إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ ، أى أن المشرع قد سوى في الرجوع بين ضمان العيب الحقيق وضمان الاستحقاق الجزئى .

وقد تقدم أن المادة ٤٤٤ فرقت فيما يتعلق بضمان الاستحقاق الجزئى بين الحالة التي تكون فيها خياره المشتري بسبب هذا الاستحقاق قد بلغت قديراً لو عليه لما أتم العقد ، والحالة التي لم تبلغ فيها خسارته هذا القدر (راجع بقية ٢١١) .

وبناء على ذلك يكون معنى الاحالة الواردة في المادة ٥٥٠ هـ أنه يجب التفرقة في العيوب الموجبة للضيان، وهي تشمل العيب بمعناه العام أى الآفة الطارئة وتختلف صفة أكد البائع وجودها، بين العيب الذى يبلغ حداً من الجسامة لوعله المشتري لما أتم العقد، والعيب الذى لا يبلغ هذا الحد من الجسامة، أى الذى لوعله المشتري لقبول الشراء ولكن بشمن أقل.

فان كان العيب جسماً، جاز للمشتري رد المبيع المعيّب وما أفاده منه والمطالبة بالتنفيذ بمقابل، فيحكم له كما في حالة الاستحقاق الكلى بجميع المبالغ المنصوص عنها في المادة ٤٤٣ هـ، ويشمل ذلك بوجه خاص قيمة المبيع باعتباره سليماً وقت ظهور العيب مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت والمصروفات التى أنفقها المشتري على المبيع وتعويض المشتري عما لحقه من خسارة أوفاته من كسب بسبب ظهور العيب واضطرار المشتري الى رد المبيع، وجاز أيضاً للمشتري — اذا شاء — أن يحتفظ بالمبيع المعيّب وأن يطلب تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب ظهور هذا العيب فيه (١)، أى أنه يكون للمشتري خيار بين أن يرفع دعوى رد المبيع والمطالبة بالتعويضات الكاملة كما في حالة الاستحقاق الكلى، وبين أن يرفع دعوى التعويض عن العيب ونقص الثمن بقدر ما أصابه من أضرار بسبب وجود العيب في المبيع. وله أن يعدل عن الدعوى التى يكون رفعها الى الدعوى الأخرى طالما لم يصدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضى، أى أنه يجوز له أن يعدل طلباته ولو في الاستئناف الأول مرة (٢). وله أن يطلب في دعوى واحدة رد المبيع المعيّب مع التعويض بصفة أصلية أو نقص الثمن بصفة احتياطية، ولكن يتعين عليه أن يرفع دعوى

(١) ويلاحظ أن المبرع قد تخافى بذلك العقد الذى وجه الى الطرفين المنع في هذه الحالة.

(٢) انظر السهوى في الوسيط ج ٤ ص ٧٤١ هامش ١، بلايول ورييه وهامل ج ١٠

أصلية أو فرعية بطلبائه وألا يكتفى بمجرد دفع يديه عند مطالبة البائع
بإتمام النص (١).

أما أن كان العيب غير جسيم ، فليس للمشتري أن يرد المبيع ، بل يتعين
عليه الاحتفاظ به مقابل تعويض عما أصابه من ضرر بسبب ظهور هذا
العيب في المبيع . فإذا كان المشتري لم يصبه ضرر ما بسبب العيب كان يثبت
أن المشتري باع المبيع للمعيب بثمن يتجاوز الثمن الذي اشتراه به بمقدار الربح
المعتول في مثل هذا المبيع دون أن يرجع عليه مشتره بضمائم العيب ، فإنه
لا يكون له حق في أي تعويض نظراً لانقضاء الضرر (٢) .

ويلاحظ أن المشرع لم يحتفظ في شأن هذه الحالة بالحكم الذي كان منصوصاً
عليه في المادة ٣٩٤/٣١٩ مدني قديم فيما يتعلق بتنقيص الثمن مع مراعاة
النسبة بين قيمة المبيع معيماً وبين قيمته سليماً ، بل اكتفى بالنص على تعويض
المشتري عما أصابه من ضرر بسبب ظهور العيب ، وقد يختلف مقدار هذا
التعويض كثيراً عن القدر الذي كان يجب انقاصه من الثمن وفقاً لنص
التقنين الملغى .

على أنه في جميع الحالات التي يثبت فيها للمشتري الحق في تعويض ، يزد
التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سيء النية أي عالماً بالعيب أو حسن
النية أي غير عال به ، ففي الحالة الأولى يسأل البائع عن كل الضرر المباشر ولو
لم يكن متوقفاً ، أما في الحالة الثانية فلا يسأل إلا عن الضرر المباشر
المتوقع (٣) .

(١) لانيول وريبير وهامل ج ١٠ نذ ١٣٣ .

(٢) الشهورى في الوسيط ج ٤ ص ٧٤١ هامش ٢ ، لانيول وريبير وهامل ج ١٠ ص

١٤٤ هامش ١ .

(٣) في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية لمصروع تنقيح القانون المدني ، في مجموعة الأعمال

التصنيفية ج ٤ ص ١٢٣ .

٢٢٥ - حماية الدائنين المرتهنين في ماله الفسخ - تقدم أنه اذا ظهر بالمبيع عيب جسمي كان للمشتري الخيار بين رد المبيع واسترداد ثمنه مع التعويضات ، وبين الاحتفاظ بالمبيع والمطالبة بالتعويضات . وكانت المادة ٣٨٨/٣١٤ مدني قديم تنص على أن د بخير المشتري في هذه الحالة بين فسخ البيع بغير اضرار بحقوق الدائنين برهن وبين طلب نقصان الثمن ١٠٠٠ . وكان الرأي الراجح في ذلك أن للشرع قصد حماية الدائنين المرتهنين بأن سلب المشتري الذي رهن المبيع قبل ظهور العيب فيه حقه في فسخ البيع والزمه بأن يكتفي بطلب نقص الثمن مع التعويض .

ولم يرد في التقنين الحالي نص على الحد من حرية المشتري في اختيار الفسخ اكتفاء بالحماية التي قررها المشرع في هذا التقنين يجعل الفسخ غير نافذ في حق المرتهن حسن النية اذ نص في المادة ١٠٣٤ مدني على أن يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الفاقوه أو زواله لاي سبب آخر اذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه العقد . ولكن بما أن قواعد الفسخ تجعل للمحكمة سلطة تقديرية في تقريره ، فاذا وجدت المحكمة أن المشتري قد أثقل العقار بالمبيع برهن سيظل قائماً لو تم الفسخ ، فالغالب أن ترفض طلب الفسخ . وإذا فرض أن أجهاته فيكون للبائع الذي عاد اليه عقاره بعد الفسخ مثقلاً بالرهن مطالبة المشتري بتعويض عن ذلك .

٢٢٦ - نعدد المبيع وظهور العيب في بعض دوره البعض - لم ينص التقنين المدني الحالي على الحالة التي يكون فيها لمبيع عدة أشياء ثم يوجد بعضها معيباً والبعض الآخر سليماً . وقد قصد المشرع بذلك أن يترك هذه الحالة الى القواعد العامة^(١) .

(١) انظر المذكرة للإيضاح في مجموعة الأعمال التصديرية ج ٤ ص ١٢٤ .

والأشياء المبيعة اما أن تكون قيمة أو مثلية .

وفي الأولى اما أن يظهر العيب ييمضها قبل التسليم ، واما أن يظهر بعده . فان كان الأول فليس للمشتري فسخ البيع الا في جميع المبيع (المادة ٣١٦/٣٩٠ مدنى قديم) ، وان كان الثانى وجب التمييز بين ما لا يضره التبعض وما يضره . فاذا كان المبيع مما لا يضره التبعض ، جاز للمشتري فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط (المادة ٣١٧/٣٩١ مدنى قديم) . واذا كان مما يضره التبعض لم يجوز له الفسخ الا في جميع المبيع .

وفي الثانية ، أى اذا كان المبيع من المثليات ، جاز للمشتري ولو بعد التسليم فسخ البيع في جزء من المبيع (المادة ٣٩٢ مخطط) .

٢٢٧ — مكم العيب الطارىء — وكانت المادة ٣٩٩ مدنى مخطط

تنص على أنه اذا كان فى المبيع عيب قديم وحدث به بالقضاء والقدر عيب جديد بعد بيعه فى الحالة الأولى من البند السابق (أى اذا كان المبيع عيناً معينة) أو بعد تسليمه فى الحالة الثانية (أى اذا لم يكن المبيع عيناً معينة) ، أو اذا كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشتري أو بفعل شخص آخر أو بقوة قاهرة ، فلا يكون للمشتري المذكور حق فى فسخ البيع الا اذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى بأخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه ، انما يسوغ للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية الميئنة آنفاً بشرط عدم مراعاة العيب الجديد أو التنفير الذى حصل للمبيع .

ومضى هذا النص أنه اذا كان بالمبيع عيب موجب للضمان ، ثم طرأ عليه عيب آخر أو تحول غير موجب للضمان ، سقط حق المشتري فى اختيار الفسخ منعا لالقاء عبء العيب الطارىء على عاتق البائع مادام هذا العيب غير موجب للضمان ، وبقي للمشتري حقه فى نقص الثمن النقص الذى يقابل العيب القديم فقط دون العيب الطارىء . الا اذا آثر البائع على هذا النقص

أن يسترد المبيع ويرد الثمن ، فيجوز حينئذ الفسخ لا النقص^(١) .

ولم يكن في التقنين المدني الأهل ما يقابل هذا النص . غير أن الشراح لم يروا في الحكم الذي تضمنه إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وأجازوا العمل به دون نص .

وقد صرح واضعو مشروع تنقيح القانون المدني بأنهم لم يروا حاجة إلى النص على هذا الحكم باعتباره تفصيلاً يحسن الرجوع فيه إلى القواعد العامة^(٢) .

٢٢٨ - حكم هلاك المبيع المغيب — قد يهلك المبيع المغيب بسبب العيب القديم وقد يهلك بسبب عيب جديد غير موجب للضمان أو بحادث قهرى ، فإذا يكون أثر الهلاك في حق الضمان الذي ثبت للمشتري بثبوت العيب القديم الموجب للضمان ؟

كان التقنين المدني الأهل ينص على الحالة الأولى دون الثانية وذلك في المادة ٢٢٣ منه ، وكان التقنين المختلط ينص كل على كلنا الحالين في المادتين ٤٠١ و ٤٠٠ منه .

وكان نص المادة ٢٢٣/٤٠٠ المشار إليها يقضى بأنه إذا هلك المبيع بسبب العيب القديم ، فيكون هلاكه على البائع ، ويلزم حينئذ رد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال . وكان المقصود بهذا النص مجرد تطبيق القواعد العامة التي تقدمت ، فيعتبر هلاك المبيع كله نتيجة للعيب الموجب للضمان فيتحمله البائع ، ويلزم حينئذ

(١) هارن السهورى في الوسيط ج ٤ ص ٧٤٧ .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٧٤ ، أى أنهم أقرروا الحالة التي كانت قائمة في التقنين المدني الأهل .

برد الثمن والمصاريف في جميع الأحوال ، ويلزم أيضا بالتضمينات اذا كان سبيء النية (المادة ٣١٤ / ٣٨٨) .

وكانت المادة ٤٠١ مدني مختلط تنص على أنه ، اذا كان في المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بالقضاء والقدر ، فهلاكه يكون على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتا وكان تقدير نقصان الثمن ممكنا في الأحوال الجائزة فيها نقصانه .

وكان يؤخذ على هذا النص أنه اذ يقضى في ظاهره بجعل تبعه الهلاك على البائع في جميع الأحوال يتعارض مع القاعدة العامة التي تنقل تبعه الهلاك الى المشتري من وقت تسلمه المبيع ، دون أن يكون ثمت أى مبرر للخروج على هذه القاعدة .

وقد أجمع الفقه على أن المقصود بهذا النص أنه اذا هلك المبيع المعيب بسبب عيب جديد غير موجب للضمان أو بحادث قهري ، فإن الحسارة التي نجمت من العيب القديم — بقطع النظر عن الهلاك الطارىء — تبقى على البائع .

وفرعوا على ذلك أنه اذا كان العيب القديم يميز الفسخ للمشتري لولا هلاك المبيع ، وجب على البائع أن يرد الى المشتري كل الثمن ، والا اقتصر التزام البائع على أن يرد من الثمن ما يقابل نقص قيمة المبيع أو نفعه الناشئ من العيب القديم اذا كان هذا النقص ممكنا تقديره بالرغم من هلاك المبيع ، لأنه اذا لم يكن ممكنا تقديره تعذر الحكم للمشتري بما يقابله .

وظاهر أن ما ذهب اليه الشراح في تفسير نص المادة ٤٠١ مختلط لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة الا في جريمة واحدة يغفل البنا أن فيها خروجا على تلك القواعد لامبررله ، ذلك أن القول بأنه اذا كان العيب القديم

بما يحجز الفسخ وجب على البائع رد الثمن بأكمله يقتضى أن يكون المشتري قد استعمل حقه في طلب الفسخ قبل هلاك المبيع حتى يمكن القاء تبعة هلاك المبيع على عاتق البائع باعتباره مالكا . أما إذا كان المشتري لم يطلب الفسخ قبل الهلاك، فإن الهلاك يكون قد وقع أما في يده ، وأما في يد البائع وقبل التسليم . ففي الحالة الأخيرة تكون تبعة هلاك المبيع كله على البائع ، وفي الحالة الأولى يكون على البائع ما يقابل ضمان العيب القديم ويهلك المبيع فيما جاوز ذلك على المشتري ما دام قد هلك في يده وهو على ملكه . فلا يجوز للمشتري أن يطالب البائع إلا بما يقابل ضمان العيب القديم .

فإذا أخذنا في هذه الجزئية أيضاً بما تقتضى به القواعد العامة طبقاً لما تقدم ، أمكن القول بتطبيق هذه الأحكام دون حاجة إلى النص عليها سواء كان ذلك في ظل التقنين المدني الأهل الذى ألقى أو فى أى تقنين آخر يقوم على هذه القواعد العامة .

وقد رأى واضعوا التقنين الحالى هذا رأى أيضاً ، وأوشكوا أن يتركوا المسألة دون نص اكتفاء بهذه القواعد العامة ، ولكنهم خشوا أن يثير ذلك شبهة أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان ، فتفادوا هذه الشبهة بأن نصوا فى المادة ٤٥١ مدنى على أن « تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان » . وقصدوا بذلك أنه إذا هلك المبيع المعيب سواء كان هلاكه بسبب العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بمحادث قهوى ، أى بسبب أجنى عن كل من البائع والمشتري ، فإن ذلك لا يؤثر فيما ثبت للمشتري من حقوق بظهور العيب الموجب للضمان ، طبقاً للقواعد العامة التى تقدمت . وإذا كان الهلاك بفعل المشتري ، فتطبق عليه أيضاً القواعد العامة ، ويمتنع عليه طلب الفسخ ولا يرجع الا بضمان العيب^(١) .

(١) كان النص الأصل للمادة ٤٥١ مدنى يضى بأن « تبقى دعوى الضمان ، حتى لو هلك المبيع بسبب العيب ، أو هلك قضاء وقدر » (المادة ٥٦٧ من المرسوم التمهيدى) . =

٢٢٩ - سقوط الحق في الضمان - يسقط حق المشتري في ضمان العيوب الخفية اما بالتقادم ، واما بالزول عنه .

وقد كانت المادة ٤٠٢/٣٢٤ من التقنين الملغى تقضى بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشئ عن وجود عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها والاسقط الحق فيها . وكان عيب هذا النص قصر المدة التي عينها لسقوط حق الضمان اذ لا تكاد تتسع لرفع الدعوى ، فزاد التقنين الحالي مدة سقوط دعوى الضمان بالتقادم الى سنة ، ولكنه جعلها تبدأ من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك (المادة ٤٥٢ فقرة أولى) ، فيسر بذلك على المشتري من حيث انه أفسح له في الوقت الذي يرفع فيه الدعوى ، ووضع في الوقت ذاته لمصلحة البائع حدا لامكان رفع الدعوى عليه في الحالات التي يتأخر فيها ظهور عيب المبيع ، فوفق بذلك بين مصلحة المشتري وبين الاستقرار الواجب للعمليات .

وتبدأ مدة السنة التي يتقادم بها ضمان العيب من وقت التسليم الفعلي لامن وقت التسليم الحكي وتعتبر مدة تقادم لا مدة سقوط تقسرى عليها أحكام انقطاع التقادم ، فتقطع مثلا بالمطالبة القضائية وباقرار البائع بمسئوليته ، ولكنها لا تقف في حق من لا تتوافر فيه الأهلية وفي حق الغائب ولا في حق من حكم عليه بعقوبة جنائية ، وانما تقف كلما وجد مانع يتعذر معه على المشتري أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدنيا (المادة ٣٨٢)^(١) .

== وجاء في المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذا النص أن المبرور اكنن بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو حلك المبيع بسبب العيب أو حلك قضاء وقدرًا ، حتى تنتفي الشبهة في أن حلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان . وفي لجنة مراجع المبرور اقترح الأستاذ السهوري ادخال تعديل يجعل الحكم أعم ، فلو حلك المبيع بفعل المقتري تطبيق القواعد العامة ويحتج عليه طلب الفسخ ولا يرجع الا بضمان العيب . وقد وافقت اللجنة على التعديل بالفصحة التي وردت في المادة ٤٥١ من التقنين . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٢٠ وما بعدها) .

(١) في هذا المعنى السهوري في الوسيط ج ٤ نبذة ٣٧٧ .

وقد نصت المادة ٤٥٢ مدنى على اطالة مدة التقادم الى أكثر من سنة من وقت التسليم في حالتين :

(١) اذا قبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول من سنة (المادة ٤٥٢ فقرة أولى) ، فيعتبر ذلك اتفاقاً على تشديد الضمان وهو جائز أيضاً طبقاً للبادة ٤٥٣ التى سنعرض لها قريباً .

(٢) اذا تعمد البائع اخفاء العيب عن غش منه ، فلا تسقط دعوى الضمان حينئذ الا بخمس عشرة سنة من وقت البيع^(١) .

أما النزول عن حق الضمان فاما أن يكون صريحاً واما أن يكون ضمنياً ، وهو فى كلتا الحالتين يسقط الحق فى طلب الضمان . وقد تقدم أن المشتري يعتبر نازلاً ضمناً عن حق الضمان اذا أعمل لخص المبيع فى الوقت المناسب أو لم يبادر الى اخطار البائع بظهور العيب بمجرد كشفه (بنّدة ٢٢١) .

وكانت المادة ٤٠٣/٣٢٥ مدنى قديم تنص على احدى حالات النزول الضمنى اذ تقضى بأن « تصرف المشتري فى المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخفى يوجب سقوط حقه فى طلب الضمان » . وقد رأى واضعو التقنين الحالى أن هذا الحكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة ، فلم ينصوا عليه ، ولكن العمل به واجب تطبيقاً للقواعد العامة ، فيعتبر المشتري نازلاً عن ضمان العيب بمجرد تصرفه فى المبيع بعد كشفه العيب دون اخطار البائع باحتفاظه بالضمان .

٢٣٠ - البيوع التى لا يثبت فيها ضمان العيوب الخفية - نصت

المادة ٤٥٤ مدنى على أن « لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية وفى البيوع الادارية التى تم بالمراد » . وقد كانت المادة ٤٠٥/٣٢٧ من التقنين الملقى تنص على مثل ذلك أيضاً .

(١) الشهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٧٥٣ .

وحكمة منع ضمان العيوب الخفية في البيوع القضائية وفي البيوع الإدارية التي تم بالمزاد أن هذه البيوع يسبقها الاعلان والنشر عنها بمدة كافية تتبع للراغبين في المزايدة أن يفحصوا المال المعلن عن بيعه قبل الاقدام على المزايدة فيه وأن المصلحة العامة تقضى بالتضييق في فسخ هذه البيوع مراعاة لما تقتضيه من اجراءات ومصرقات وما تستغرقه من وقت طويل^(١).

ويستوى في ذلك أن يكون البيع القضائي أو الإداري الذي تم بالمزاد اجباريا أي مما يحتم القانون اجراءه بهذه الطريقة كبيع أموال المدين جزأ عليه ويبيع أموال الممول تنفيذا لما عليه من ضرائب ، أو أن يكون اختياريا كبيع المال الشائع لعدم امكان قسمته^(٢).

٢٣١ - **الانقاص على تعديل أنظمة الضمان** - نص المشرع على الأحكام المتقدمة باعتبارها أحكاما مقررة لارادة العاقدين ، ففسر هذه الأحكام عليهما ما لم يتفقا على ما يخالفها .

وقد أكدت المادة ٥٣ مدني هذا اذ نصت على أن « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب في المبيع غشامنه » .

وبناء على ذلك يجوز الاتفاق على اعفاء البائع من ضمان جميع العيوب الخفية أو بعضها ، أو على اعفائه من التضمينات فقط في حالة ظهور عيب خفي ، وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمادة ٥٣ أنه يجوز الاتفاق على نقص

(١) انظر المذكرة الايضاحية في مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٤ ص ١٢٩ .

(٢) في هذا المعنى السهموري في الوسيط ج ٤ نبذة ٣٧١ ، أنور سلطان نبذة ٢٨٧ ،

امام نبذة ٢٢٠ ، كامل مرسى نبذة ١٩٤ ، منصور نبذة ٩٠ ، جبل العرفاوي ص ٣٨٥ هامش ٢ ،

ليب شنب نبذة ١٧٩ ص ٢٣١ ، اسماعيل فام ص ١٨٧ .

مدة تقادم دعوى ضمان العيب التي حددها القانون بسنة . غير أن هذا القول لا يستند الى شيء من نص المادة المذكورة ، بل بالعكس يصطدم مع نص المادة ١/٣٨٨ التي تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون ، فكان هذا النص أولى بالاتباع ، جاء في المذكرة الإيضاحية المشار اليها^(١) .

على أن هذا الشرط يقع باطلا اذا كان البائع عالما وقت البيع بوجود العيب الخفي في المبيع وتعمد اخفائه عن المشتري غشاً منه واشترط الإعفاء من الضمان لنقطتيه نفسه ، بل ان الحكم لا يقتصر على ذلك في هذه الحالة وإنما يترتب على غش البائع اطالة مدة تقادم دعوى الضمان فلا تسقط هذه الدعوى بمضي سنة من وقت التسليم بل بخمس عشر سنة من وقت العقد (راجع نبذة ٢٢٩) .

وكذلك يجوز الاتفاق على تشديد الضمان بأن يقبل البائع الالتزام بالتضمينات عن جميع الأضرار التي تنشأ من ظهور عيب بالمبيع سواء كانت تلك الأضرار متوقعة أو غير متوقعة ، ولو كان هو حسن النية . وخلافا لما تقدم عن الاتفاق على تقصير مدة التقادم يجوز الاتفاق على اطالة هذه المدة لأن المادة ١/٤٥٢ نصت صراحة على هذا الجواز ، فكان نصها استثناء واردا على حكم المادة ١/٣٨٨ الذي تقدمت الإشارة اليه .

وقد افترض المشرع في البائع قبول اطالة الضمان اذا كان قد ضمن صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، ونصت المادة ٥٥٤ مدني على أنه يجب في هذه الحالة على المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الاخطار ، والا سقط حقه في الضمان . كل هذا ما لم يتفق على غيره . . والمقصود بذلك بيع الأشياء الدقيقة كالساعات والسيارات والآلات الميكانيكية . فيجوز فيه

(١) في هذا المعنى السهوري في الوسيط ج ٤ ص ٧٥٢ و ٧٥٣ ، فإن عكس ذلك

امام ص ٣٩١ ، البيراي نبذة ٣٥١ ، ونبذة ٢٥٧ . (٢٨٤ - ٢٨٥ - ٢٨٦ - ٢٨٧ - ٢٨٨ - ٢٨٩ - ٢٩٠ - ٢٩١ - ٢٩٢ - ٢٩٣ - ٢٩٤ - ٢٩٥ - ٢٩٦ - ٢٩٧ - ٢٩٨ - ٢٩٩ - ٣٠٠ - ٣٠١ - ٣٠٢ - ٣٠٣ - ٣٠٤ - ٣٠٥ - ٣٠٦ - ٣٠٧ - ٣٠٨ - ٣٠٩ - ٣١٠ - ٣١١ - ٣١٢ - ٣١٣ - ٣١٤ - ٣١٥ - ٣١٦ - ٣١٧ - ٣١٨ - ٣١٩ - ٣٢٠ - ٣٢١ - ٣٢٢ - ٣٢٣ - ٣٢٤ - ٣٢٥ - ٣٢٦ - ٣٢٧ - ٣٢٨ - ٣٢٩ - ٣٣٠ - ٣٣١ - ٣٣٢ - ٣٣٣ - ٣٣٤ - ٣٣٥ - ٣٣٦ - ٣٣٧ - ٣٣٨ - ٣٣٩ - ٣٤٠ - ٣٤١ - ٣٤٢ - ٣٤٣ - ٣٤٤ - ٣٤٥ - ٣٤٦ - ٣٤٧ - ٣٤٨ - ٣٤٩ - ٣٥٠ - ٣٥١ - ٣٥٢ - ٣٥٣ - ٣٥٤ - ٣٥٥ - ٣٥٦ - ٣٥٧ - ٣٥٨ - ٣٥٩ - ٣٦٠ - ٣٦١ - ٣٦٢ - ٣٦٣ - ٣٦٤ - ٣٦٥ - ٣٦٦ - ٣٦٧ - ٣٦٨ - ٣٦٩ - ٣٧٠ - ٣٧١ - ٣٧٢ - ٣٧٣ - ٣٧٤ - ٣٧٥ - ٣٧٦ - ٣٧٧ - ٣٧٨ - ٣٧٩ - ٣٨٠ - ٣٨١ - ٣٨٢ - ٣٨٣ - ٣٨٤ - ٣٨٥ - ٣٨٦ - ٣٨٧ - ٣٨٨ - ٣٨٩ - ٣٩٠ - ٣٩١ - ٣٩٢ - ٣٩٣ - ٣٩٤ - ٣٩٥ - ٣٩٦ - ٣٩٧ - ٣٩٨ - ٣٩٩ - ٤٠٠ - ٤٠١ - ٤٠٢ - ٤٠٣ - ٤٠٤ - ٤٠٥ - ٤٠٦ - ٤٠٧ - ٤٠٨ - ٤٠٩ - ٤١٠ - ٤١١ - ٤١٢ - ٤١٣ - ٤١٤ - ٤١٥ - ٤١٦ - ٤١٧ - ٤١٨ - ٤١٩ - ٤٢٠ - ٤٢١ - ٤٢٢ - ٤٢٣ - ٤٢٤ - ٤٢٥ - ٤٢٦ - ٤٢٧ - ٤٢٨ - ٤٢٩ - ٤٣٠ - ٤٣١ - ٤٣٢ - ٤٣٣ - ٤٣٤ - ٤٣٥ - ٤٣٦ - ٤٣٧ - ٤٣٨ - ٤٣٩ - ٤٤٠ - ٤٤١ - ٤٤٢ - ٤٤٣ - ٤٤٤ - ٤٤٥ - ٤٤٦ - ٤٤٧ - ٤٤٨ - ٤٤٩ - ٤٥٠ - ٤٥١ - ٤٥٢ - ٤٥٣ - ٤٥٤ - ٤٥٥ - ٤٥٦ - ٤٥٧ - ٤٥٨ - ٤٥٩ - ٤٦٠ - ٤٦١ - ٤٦٢ - ٤٦٣ - ٤٦٤ - ٤٦٥ - ٤٦٦ - ٤٦٧ - ٤٦٨ - ٤٦٩ - ٤٧٠ - ٤٧١ - ٤٧٢ - ٤٧٣ - ٤٧٤ - ٤٧٥ - ٤٧٦ - ٤٧٧ - ٤٧٨ - ٤٧٩ - ٤٨٠ - ٤٨١ - ٤٨٢ - ٤٨٣ - ٤٨٤ - ٤٨٥ - ٤٨٦ - ٤٨٧ - ٤٨٨ - ٤٨٩ - ٤٩٠ - ٤٩١ - ٤٩٢ - ٤٩٣ - ٤٩٤ - ٤٩٥ - ٤٩٦ - ٤٩٧ - ٤٩٨ - ٤٩٩ - ٥٠٠ - ٥٠١ - ٥٠٢ - ٥٠٣ - ٥٠٤ - ٥٠٥ - ٥٠٦ - ٥٠٧ - ٥٠٨ - ٥٠٩ - ٥١٠ - ٥١١ - ٥١٢ - ٥١٣ - ٥١٤ - ٥١٥ - ٥١٦ - ٥١٧ - ٥١٨ - ٥١٩ - ٥٢٠ - ٥٢١ - ٥٢٢ - ٥٢٣ - ٥٢٤ - ٥٢٥ - ٥٢٦ - ٥٢٧ - ٥٢٨ - ٥٢٩ - ٥٣٠ - ٥٣١ - ٥٣٢ - ٥٣٣ - ٥٣٤ - ٥٣٥ - ٥٣٦ - ٥٣٧ - ٥٣٨ - ٥٣٩ - ٥٤٠ - ٥٤١ - ٥٤٢ - ٥٤٣ - ٥٤٤ - ٥٤٥ - ٥٤٦ - ٥٤٧ - ٥٤٨ - ٥٤٩ - ٥٥٠ - ٥٥١ - ٥٥٢ - ٥٥٣ - ٥٥٤ - ٥٥٥ - ٥٥٦ - ٥٥٧ - ٥٥٨ - ٥٥٩ - ٥٦٠ - ٥٦١ - ٥٦٢ - ٥٦٣ - ٥٦٤ - ٥٦٥ - ٥٦٦ - ٥٦٧ - ٥٦٨ - ٥٦٩ - ٥٧٠ - ٥٧١ - ٥٧٢ - ٥٧٣ - ٥٧٤ - ٥٧٥ - ٥٧٦ - ٥٧٧ - ٥٧٨ - ٥٧٩ - ٥٨٠ - ٥٨١ - ٥٨٢ - ٥٨٣ - ٥٨٤ - ٥٨٥ - ٥٨٦ - ٥٨٧ - ٥٨٨ - ٥٨٩ - ٥٩٠ - ٥٩١ - ٥٩٢ - ٥٩٣ - ٥٩٤ - ٥٩٥ - ٥٩٦ - ٥٩٧ - ٥٩٨ - ٥٩٩ - ٦٠٠ - ٦٠١ - ٦٠٢ - ٦٠٣ - ٦٠٤ - ٦٠٥ - ٦٠٦ - ٦٠٧ - ٦٠٨ - ٦٠٩ - ٦١٠ - ٦١١ - ٦١٢ - ٦١٣ - ٦١٤ - ٦١٥ - ٦١٦ - ٦١٧ - ٦١٨ - ٦١٩ - ٦٢٠ - ٦٢١ - ٦٢٢ - ٦٢٣ - ٦٢٤ - ٦٢٥ - ٦٢٦ - ٦٢٧ - ٦٢٨ - ٦٢٩ - ٦٣٠ - ٦٣١ - ٦٣٢ - ٦٣٣ - ٦٣٤ - ٦٣٥ - ٦٣٦ - ٦٣٧ - ٦٣٨ - ٦٣٩ - ٦٤٠ - ٦٤١ - ٦٤٢ - ٦٤٣ - ٦٤٤ - ٦٤٥ - ٦٤٦ - ٦٤٧ - ٦٤٨ - ٦٤٩ - ٦٥٠ - ٦٥١ - ٦٥٢ - ٦٥٣ - ٦٥٤ - ٦٥٥ - ٦٥٦ - ٦٥٧ - ٦٥٨ - ٦٥٩ - ٦٦٠ - ٦٦١ - ٦٦٢ - ٦٦٣ - ٦٦٤ - ٦٦٥ - ٦٦٦ - ٦٦٧ - ٦٦٨ - ٦٦٩ - ٦٧٠ - ٦٧١ - ٦٧٢ - ٦٧٣ - ٦٧٤ - ٦٧٥ - ٦٧٦ - ٦٧٧ - ٦٧٨ - ٦٧٩ - ٦٨٠ - ٦٨١ - ٦٨٢ - ٦٨٣ - ٦٨٤ - ٦٨٥ - ٦٨٦ - ٦٨٧ - ٦٨٨ - ٦٨٩ - ٦٩٠ - ٦٩١ - ٦٩٢ - ٦٩٣ - ٦٩٤ - ٦٩٥ - ٦٩٦ - ٦٩٧ - ٦٩٨ - ٦٩٩ - ٧٠٠ - ٧٠١ - ٧٠٢ - ٧٠٣ - ٧٠٤ - ٧٠٥ - ٧٠٦ - ٧٠٧ - ٧٠٨ - ٧٠٩ - ٧١٠ - ٧١١ - ٧١٢ - ٧١٣ - ٧١٤ - ٧١٥ - ٧١٦ - ٧١٧ - ٧١٨ - ٧١٩ - ٧٢٠ - ٧٢١ - ٧٢٢ - ٧٢٣ - ٧٢٤ - ٧٢٥ - ٧٢٦ - ٧٢٧ - ٧٢٨ - ٧٢٩ - ٧٣٠ - ٧٣١ - ٧٣٢ - ٧٣٣ - ٧٣٤ - ٧٣٥ - ٧٣٦ - ٧٣٧ - ٧٣٨ - ٧٣٩ - ٧٤٠ - ٧٤١ - ٧٤٢ - ٧٤٣ - ٧٤٤ - ٧٤٥ - ٧٤٦ - ٧٤٧ - ٧٤٨ - ٧٤٩ - ٧٥٠ - ٧٥١ - ٧٥٢ - ٧٥٣ - ٧٥٤ - ٧٥٥ - ٧٥٦ - ٧٥٧ - ٧٥٨ - ٧٥٩ - ٧٦٠ - ٧٦١ - ٧٦٢ - ٧٦٣ - ٧٦٤ - ٧٦٥ - ٧٦٦ - ٧٦٧ - ٧٦٨ - ٧٦٩ - ٧٧٠ - ٧٧١ - ٧٧٢ - ٧٧٣ - ٧٧٤ - ٧٧٥ - ٧٧٦ - ٧٧٧ - ٧٧٨ - ٧٧٩ - ٧٨٠ - ٧٨١ - ٧٨٢ - ٧٨٣ - ٧٨٤ - ٧٨٥ - ٧٨٦ - ٧٨٧ - ٧٨٨ - ٧٨٩ - ٧٩٠ - ٧٩١ - ٧٩٢ - ٧٩٣ - ٧٩٤ - ٧٩٥ - ٧٩٦ - ٧٩٧ - ٧٩٨ - ٧٩٩ - ٨٠٠ - ٨٠١ - ٨٠٢ - ٨٠٣ - ٨٠٤ - ٨٠٥ - ٨٠٦ - ٨٠٧ - ٨٠٨ - ٨٠٩ - ٨١٠ - ٨١١ - ٨١٢ - ٨١٣ - ٨١٤ - ٨١٥ - ٨١٦ - ٨١٧ - ٨١٨ - ٨١٩ - ٨٢٠ - ٨٢١ - ٨٢٢ - ٨٢٣ - ٨٢٤ - ٨٢٥ - ٨٢٦ - ٨٢٧ - ٨٢٨ - ٨٢٩ - ٨٣٠ - ٨٣١ - ٨٣٢ - ٨٣٣ - ٨٣٤ - ٨٣٥ - ٨٣٦ - ٨٣٧ - ٨٣٨ - ٨٣٩ - ٨٤٠ - ٨٤١ - ٨٤٢ - ٨٤٣ - ٨٤٤ - ٨٤٥ - ٨٤٦ - ٨٤٧ - ٨٤٨ - ٨٤٩ - ٨٥٠ - ٨٥١ - ٨٥٢ - ٨٥٣ - ٨٥٤ - ٨٥٥ - ٨٥٦ - ٨٥٧ - ٨٥٨ - ٨٥٩ - ٨٦٠ - ٨٦١ - ٨٦٢ - ٨٦٣ - ٨٦٤ - ٨٦٥ - ٨٦٦ - ٨٦٧ - ٨٦٨ - ٨٦٩ - ٨٧٠ - ٨٧١ - ٨٧٢ - ٨٧٣ - ٨٧٤ - ٨٧٥ - ٨٧٦ - ٨٧٧ - ٨٧٨ - ٨٧٩ - ٨٨٠ - ٨٨١ - ٨٨٢ - ٨٨٣ - ٨٨٤ - ٨٨٥ - ٨٨٦ - ٨٨٧ - ٨٨٨ - ٨٨٩ - ٨٩٠ - ٨٩١ - ٨٩٢ - ٨٩٣ - ٨٩٤ - ٨٩٥ - ٨٩٦ - ٨٩٧ - ٨٩٨ - ٨٩٩ - ٩٠٠ - ٩٠١ - ٩٠٢ - ٩٠٣ - ٩٠٤ - ٩٠٥ - ٩٠٦ - ٩٠٧ - ٩٠٨ - ٩٠٩ - ٩١٠ - ٩١١ - ٩١٢ - ٩١٣ - ٩١٤ - ٩١٥ - ٩١٦ - ٩١٧ - ٩١٨ - ٩١٩ - ٩٢٠ - ٩٢١ - ٩٢٢ - ٩٢٣ - ٩٢٤ - ٩٢٥ - ٩٢٦ - ٩٢٧ - ٩٢٨ - ٩٢٩ - ٩٣٠ - ٩٣١ - ٩٣٢ - ٩٣٣ - ٩٣٤ - ٩٣٥ - ٩٣٦ - ٩٣٧ - ٩٣٨ - ٩٣٩ - ٩٤٠ - ٩٤١ - ٩٤٢ - ٩٤٣ - ٩٤٤ - ٩٤٥ - ٩٤٦ - ٩٤٧ - ٩٤٨ - ٩٤٩ - ٩٥٠ - ٩٥١ - ٩٥٢ - ٩٥٣ - ٩٥٤ - ٩٥٥ - ٩٥٦ - ٩٥٧ - ٩٥٨ - ٩٥٩ - ٩٦٠ - ٩٦١ - ٩٦٢ - ٩٦٣ - ٩٦٤ - ٩٦٥ - ٩٦٦ - ٩٦٧ - ٩٦٨ - ٩٦٩ - ٩٧٠ - ٩٧١ - ٩٧٢ - ٩٧٣ - ٩٧٤ - ٩٧٥ - ٩٧٦ - ٩٧٧ - ٩٧٨ - ٩٧٩ - ٩٨٠ - ٩٨١ - ٩٨٢ - ٩٨٣ - ٩٨٤ - ٩٨٥ - ٩٨٦ - ٩٨٧ - ٩٨٨ - ٩٨٩ - ٩٩٠ - ٩٩١ - ٩٩٢ - ٩٩٣ - ٩٩٤ - ٩٩٥ - ٩٩٦ - ٩٩٧ - ٩٩٨ - ٩٩٩ - ١٠٠٠ - ١٠٠١ - ١٠٠٢ - ١٠٠٣ - ١٠٠٤ - ١٠٠٥ - ١٠٠٦ - ١٠٠٧ - ١٠٠٨ - ١٠٠٩ - ١٠١٠ - ١٠١١ - ١٠١٢ - ١٠١٣ - ١٠١٤ - ١٠١٥ - ١٠١٦ - ١٠١٧ - ١٠١٨ - ١٠١٩ - ١٠٢٠ - ١٠٢١ - ١٠٢٢ - ١٠٢٣ - ١٠٢٤ - ١٠٢٥ - ١٠٢٦ - ١٠٢٧ - ١٠٢٨ - ١٠٢٩ - ١٠٣٠ - ١٠٣١ - ١٠٣٢ - ١٠٣٣ - ١٠٣٤ - ١٠٣٥ - ١٠٣٦ - ١٠٣٧ - ١٠٣٨ - ١٠٣٩ - ١٠٤٠ - ١٠٤١ - ١٠٤٢ - ١٠٤٣ - ١٠٤٤ - ١٠٤٥ - ١٠٤٦ - ١٠٤٧ - ١٠٤٨ - ١٠٤٩ - ١٠٥٠ - ١٠٥١ - ١٠٥٢ - ١٠٥٣ - ١٠٥٤ - ١٠٥٥ - ١٠٥٦ - ١٠٥٧ - ١٠٥٨ - ١٠٥٩ - ١٠٦٠ - ١٠٦١ - ١٠٦٢ - ١٠٦٣ - ١٠٦٤ - ١٠٦٥ - ١٠٦٦ - ١٠٦٧ - ١٠٦٨ - ١٠٦٩ - ١٠٧٠ - ١٠٧١ - ١٠٧٢ - ١٠٧٣ - ١٠٧٤ - ١٠٧٥ - ١٠٧٦ - ١٠٧٧ - ١٠٧٨ - ١٠٧٩ - ١٠٨٠ - ١٠٨١ - ١٠٨٢ - ١٠٨٣ - ١٠٨٤ - ١٠٨٥ - ١٠٨٦ - ١٠٨٧ - ١٠٨٨ - ١٠٨٩ - ١٠٩٠ - ١٠٩١ - ١٠٩٢ - ١٠٩٣ - ١٠٩٤ - ١٠٩٥ - ١٠٩٦ - ١٠٩٧ - ١٠٩٨ - ١٠٩٩ - ١١٠٠ - ١١٠١ - ١١٠٢ - ١١٠٣ - ١١٠٤ - ١١٠٥ - ١١٠٦ - ١١٠٧ - ١١٠٨ - ١١٠٩ - ١١١٠ - ١١١١ - ١١١٢ - ١١١٣ - ١١١٤ - ١١١٥ - ١١١٦ - ١١١٧ - ١١١٨ - ١١١٩ - ١١٢٠ - ١١٢١ - ١١٢٢ - ١١٢٣ - ١١٢٤ - ١١٢٥ - ١١٢٦ - ١١٢٧ - ١١٢٨ - ١١٢٩ - ١١٣٠ - ١١٣١ - ١١٣٢ - ١١٣٣ - ١١٣٤ - ١١٣٥ - ١١٣٦ - ١١٣٧ - ١١٣٨ - ١١٣٩ - ١١٤٠ - ١١٤١ - ١١٤٢ - ١١٤٣ - ١١٤٤ - ١١٤٥ - ١١٤٦ - ١١٤٧ - ١١٤٨ - ١١٤٩ - ١١٥٠ - ١١٥١ - ١١٥٢ - ١١٥٣ - ١١٥٤ - ١١٥٥ - ١١٥٦ - ١١٥٧ - ١١٥٨ - ١١٥٩ - ١١٦٠ - ١١٦١ - ١١٦٢ - ١١٦٣ - ١١٦٤ - ١١٦٥ - ١١٦٦ - ١١٦٧ - ١١٦٨ - ١١٦٩ - ١١٧٠ - ١١٧١ - ١١٧٢ - ١١٧٣ - ١١٧٤ - ١١٧٥ - ١١٧٦ - ١١٧٧ - ١١٧٨ - ١١٧٩ - ١١٨٠ - ١١٨١ - ١١٨٢ - ١١٨٣ - ١١٨٤ - ١١٨٥ - ١١٨٦ - ١١٨٧ - ١١٨٨ - ١١٨٩ - ١١٩٠ - ١١٩١ - ١١٩٢ - ١١٩٣ - ١١٩٤ - ١١٩٥ - ١١٩٦ - ١١٩٧ - ١١٩٨ - ١١٩٩ - ١٢٠٠ - ١٢٠١ - ١٢٠٢ - ١٢٠٣ - ١٢٠٤ - ١٢٠٥ - ١٢٠٦ - ١٢٠٧ - ١٢٠٨ - ١٢٠٩ - ١٢١٠ - ١٢١١ - ١٢١٢ - ١٢١٣ - ١٢١٤ - ١٢١٥ - ١٢١٦ - ١٢١٧ - ١٢١٨ - ١٢١٩ - ١٢٢٠ - ١٢٢١ - ١٢٢٢ - ١٢٢٣ - ١٢٢٤ - ١٢٢٥ - ١٢٢٦ - ١٢٢٧ - ١٢٢٨ - ١٢٢٩ - ١٢٣٠ - ١٢٣١ - ١٢٣٢ - ١٢٣٣ - ١٢٣٤ - ١٢٣٥ - ١٢٣٦ - ١٢٣٧ - ١٢٣٨ - ١٢٣٩ - ١٢٤٠ - ١٢٤١ - ١٢٤٢ - ١٢٤٣ - ١٢٤٤ - ١٢٤٥ - ١٢٤٦ - ١٢٤٧ - ١٢٤٨ - ١٢٤٩ - ١٢٥٠ - ١٢٥١ - ١٢٥٢ - ١٢٥٣ - ١٢٥٤ - ١٢٥٥ - ١٢٥٦ - ١٢٥٧ - ١٢٥٨ - ١٢٥٩ - ١٢٦٠ - ١٢٦١ - ١٢٦٢ - ١٢٦٣ - ١٢٦٤ - ١٢٦٥ - ١٢٦٦ - ١٢٦٧ - ١٢٦٨ - ١٢٦٩ - ١٢٧٠ - ١٢٧١ - ١٢٧٢ - ١٢٧٣ - ١٢٧٤ - ١٢٧٥ - ١٢٧٦ - ١٢٧٧ - ١٢٧٨ - ١٢٧٩ - ١٢٨٠ - ١٢٨١ - ١٢٨٢ - ١٢٨٣ - ١٢٨٤ - ١٢٨٥ - ١٢٨٦ - ١٢٨٧ - ١٢٨٨ - ١٢٨٩ - ١٢٩٠ - ١٢٩١ - ١٢٩٢ - ١٢٩٣ - ١٢٩٤ - ١٢٩٥ - ١٢٩٦ - ١٢٩٧ - ١٢٩٨ - ١٢٩٩ - ١٣٠٠ - ١٣٠١ - ١٣٠٢ - ١٣٠٣ - ١٣٠٤ - ١٣٠٥ - ١٣٠٦ - ١٣٠٧ - ١٣٠٨ - ١٣٠٩ - ١٣١٠ - ١٣١١ - ١٣١٢ - ١٣١٣ - ١٣١٤ - ١٣١٥ - ١٣١٦ - ١٣١٧ - ١٣١٨ - ١٣١٩ - ١٣٢٠ - ١٣٢١ - ١٣٢٢ - ١٣٢٣ - ١٣٢٤ - ١٣٢٥ - ١٣٢٦ - ١٣٢٧ - ١٣٢٨ - ١٣٢٩ - ١٣٣٠ - ١٣٣١ - ١٣٣٢ - ١٣٣٣ - ١٣٣٤ - ١٣٣٥ - ١٣٣٦ - ١٣٣٧ - ١٣٣٨ - ١٣٣٩ - ١٣٤٠ - ١٣٤١ - ١٣٤٢ - ١٣٤٣ - ١٣٤٤ - ١٣٤٥ - ١٣٤٦ - ١٣٤٧ - ١٣٤٨ - ١٣٤٩ - ١٣٥٠ - ١٣٥١ - ١٣٥٢ - ١٣٥٣ - ١٣٥٤ - ١٣٥٥ - ١٣٥٦ - ١٣٥٧ - ١٣٥٨ - ١٣٥٩ - ١٣٦٠ - ١٣٦١ - ١٣٦٢ - ١٣٦٣ - ١٣٦٤ - ١٣٦٥ - ١٣٦٦ - ١٣٦٧ - ١٣٦٨ - ١٣٦٩ - ١٣٧٠ - ١٣٧١ - ١٣٧٢ - ١٣٧٣ - ١٣٧٤ - ١٣٧٥ - ١٣٧٦ - ١٣٧٧ - ١٣٧٨ - ١٣٧٩ - ١٣٨٠ - ١٣٨١ - ١٣٨٢ - ١٣٨٣ - ١٣٨٤ - ١٣٨٥ - ١٣٨٦ - ١٣٨٧ - ١٣٨٨ - ١٣٨٩ - ١٣٩٠ - ١٣٩١ - ١٣٩٢ - ١٣٩٣ - ١٣٩٤ - ١٣٩٥ - ١٣٩٦ - ١٣٩٧ - ١٣٩٨ - ١٣٩٩ - ١٤٠٠ - ١٤٠١ - ١٤٠٢ - ١٤٠٣ - ١٤٠٤ - ١٤٠٥ - ١٤٠٦ - ١٤٠٧ - ١٤٠٨ - ١٤٠٩ - ١٤١٠ - ١٤١١ - ١٤١٢ - ١٤١٣ - ١٤١٤ - ١٤١٥ - ١٤١٦ - ١٤١٧ - ١٤١٨ - ١٤١٩ - ١٤٢٠ - ١٤٢١ - ١٤٢٢ - ١٤٢٣ - ١٤٢٤ - ١٤٢٥ - ١٤٢٦ - ١٤٢٧ - ١٤٢٨ - ١٤٢٩ - ١٤٣٠ - ١٤٣١ - ١٤٣٢ - ١٤٣٣ - ١٤٣٤ - ١٤٣٥ - ١٤٣٦ - ١٤٣٧ - ١٤٣٨ - ١٤٣٩ - ١٤٤٠ - ١٤٤١ - ١٤٤٢ - ١٤٤٣ - ١٤٤٤ - ١٤٤٥ - ١٤٤٦ - ١٤٤٧ - ١٤٤٨ - ١٤٤٩ - ١٤٥٠ - ١٤٥١ - ١٤٥٢ - ١٤٥٣ - ١٤٥٤ - ١٤٥٥ - ١٤٥٦ - ١٤٥٧ - ١٤٥٨ - ١٤٥٩ - ١٤٦٠ - ١٤٦١ - ١٤٦٢ - ١٤٦٣ - ١٤٦٤ - ١٤٦٥ - ١٤٦٦ - ١٤٦٧ - ١٤٦٨ - ١٤٦٩ - ١٤٧٠ - ١٤٧١ - ١٤٧٢ - ١٤٧٣ - ١٤٧٤ - ١٤٧٥ - ١٤٧٦ - ١٤٧٧ - ١٤٧٨ - ١٤٧٩ - ١٤٨٠ - ١٤٨١ - ١٤٨٢ - ١٤٨٣ - ١٤٨٤ - ١٤٨٥ - ١٤٨٦ - ١٤٨٧ - ١٤٨٨ - ١٤٨٩ - ١٤٩٠ - ١٤٩١ - ١٤٩٢ - ١٤٩٣ - ١٤٩٤ - ١٤٩٥ - ١٤٩٦ - ١٤٩٧ - ١٤٩٨ - ١٤٩٩ - ١٥٠٠ - ١٥٠١ - ١٥٠٢ - ١٥٠٣ - ١٥٠٤ - ١٥٠٥ - ١٥٠٦ - ١٥٠٧ - ١٥٠٨ - ١٥٠٩ - ١٥١٠ - ١٥١١ - ١٥١٢ - ١٥١٣ - ١٥١٤ - ١٥١٥ - ١٥١٦ - ١٥١٧ - ١٥١٨ - ١٥١٩ - ١٥٢٠ - ١٥٢١ - ١٥٢٢ - ١٥٢٣ - ١٥٢٤ - ١٥٢٥ - ١٥٢٦ - ١٥٢٧ - ١٥٢٨ - ١٥٢٩ - ١٥٣٠ - ١٥٣١ - ١٥٣٢ - ١٥٣٣ - ١٥٣٤ - ١٥٣٥ - ١٥٣٦ - ١٥٣٧ - ١٥٣٨ - ١٥٣٩ - ١٥٤٠ - ١٥٤١ - ١٥٤٢ - ١٥٤٣ - ١٥٤٤ - ١٥٤٥ - ١٥٤٦ - ١٥٤٧ - ١٥٤٨ - ١٥٤٩ - ١٥٥٠ - ١٥٥١ - ١٥٥٢ - ١٥٥٣ - ١٥٥٤ - ١٥٥٥ - ١٥٥٦ - ١٥٥٧ - ١٥٥٨ - ١٥٥٩ - ١٥٦٠ - ١٥٦١ - ١٥٦٢ - ١٥٦٣ - ١٥٦٤ - ١٥٦٥ - ١٥٦٦ - ١٥٦٧ - ١٥٦٨ - ١٥٦٩ - ١٥٧٠ - ١٥٧١ - ١٥٧٢ - ١٥٧٣ - ١٥٧٤ - ١٥٧٥ - ١٥٧٦ - ١٥٧٧ - ١٥٧٨ - ١٥٧٩ - ١٥٨٠ - ١٥٨١ - ١٥٨٢ - ١٥٨٣ - ١٥٨٤ - ١

الرجوع بالضمان، ولو بعد انقضاء سنة من تسليم المبيع، على أن يكون ذلك في خلال سبعة أشهر على الأكثر من تاريخ ظهور الخلل، فيجوز لهذا النص اطالة لمدة الضمان إذا تأخر ظهور الخلل أكثر من خمسة أشهر وقت التسليم. أما إذا ظهر الخلل قبل ذلك، فإن تطبيق النص يؤدي إلى تقصير مدة الضمان^(١).

٢٣٢ - انتقال من الضمان إلى من تنتقل إليه ملكية المبيع - يعتبر حق الرجوع بضمان العيوب الحفية حقاً متعلقاً بالمبيع ويدخل في ضمن ملحقاته، فينتقل مع المبيع إلى من تنتقل إليه ملكيته. فيجوز لوارث المشتري ولمن تصرف إليه المشتري في المبيع قبل أن يعلم بوجود العيب فيه أن يستعمل حق المشتري في الرجوع بالضمان على من باع إليه^(٢).

فإذا كان التصرف الصادر من المشتري بيعاً تم قبل كشف العيب في المبيع، فإن المشتري الثاني يتلقى في ضمن ملحقات المبيع دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول ضد بائعه ويملك هذه الدعوى لنفسه فيرفعها مباشرة على البائع الأول^(٣). وله فوق ذلك دعوى ضمان أخرى ناشئة من عقد البيع الصادر إليه تخوله الرجوع على المشتري الأول باعتباره بائعاً إليه (البائع الثاني). ولكنه لا يجوز له أن يباشر كلا الدعويين وأن يحصل من طريقها على التعويض مرتين، فاما أن يرجع على بائعه وهذا يرجع بدوره على البائع الأول، واما أن يرجع على البائع الأول مباشرة وينتهي الأمر عند هذا الحد.

أما إذا صدر البيع الثاني بعد ظهور العيب بالمبيع، فاما أن ينص فيه على حفظ حق المشتري الأول في الضمان وعلى نقله إلى المشتري الثاني واما أن لا ينص فيه على ذلك. ففي الحالة الأولى ينتقل إلى المشتري الثاني حق الضمان الذي ثبت للمشتري الأول قبل البائع الأول، ولا يثبت له حق

(١) السهوي في الوسيط ج ٤ نبذة ٢٨٠.

(٢) لبيب شب نبذة ١٨١.

(٣) نفس مدني ٢٦ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام التقاضي ١٨-٢٦٤-٤٠.

الضمان قبل من تلقى هو للبيع منه لأن العيب كان ظاهراً بالمبيع وقت شرائه فلا يضمنه البائع .

وفي الحالة الثانية لا يكون للمشتري الثانى ولا للمشتري الأول أى حق فى ضمان العيب ، لأن المشتري الأول يعتبر بمجرد تصرفه فى المبيع بعد ظهور العيب ودون تحفظ أنه قد نزل عن حقه فى الضمان - وبالتالي يمتنع انتقال هذا الحق الى المشتري الثانى - ولأن هذا لا يثبت له حق فى الضمان قبل بائعه لظهور عيب المبيع وقت البيع الثانى .

٢٣٣ - دعوى فسخ البيع بسبب العيب القضى ودعوى ابطال لفظ المشتري - تقدم أن اخلال البائع بالتزام ضمان العيوب الخفية ينحول للمشتري حق فسخ البيع فى بعض الأحوال . وقد يبدو أن جهل المشتري وقت العقد وجود العيب فى المبيع لا يعدو أن يكون غلطاً فى حالة المبيع ومن ثم يجوز للمشتري ابطال العقد بسبب الغلط ، فيكون اذن للمشتري الخيار بين الابطال للغلط وبين الفسخ للعيب كما فى حالة استحقاق المبيع حيث تقدم أنه يكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع لاستحقاق المبيع وبين ابطاله لوروده على ملك الغير^(١) . وتظهر أهمية هذا الخيار بوجه خاص فى تقادم كل من الدعويين ، فان دعوى الفسخ تقادم بسنة من وقت تسليم المبيع ، أما دعوى الابطال للغلط فلا تقادم الا بثلاث سنوات من وقت كشف الغلط أو بخمس عشرة سنة من وقت العقد .

(١) الشهورى فى الوسيط ج ٤ ، نية ٣٨٢

المبحث الثاني

التزامات المشتري

٢٣٤ — التزامات المشتري — يترتب على البيع التزام المشتري بدفع الثمن (المادة ٤١٨) ، وهو التزامه الرئيسي ، ويترتب عليه فوق ذلك التزام ثانويان هما التزامه بنفقات العقد (المادة ٤٦٢) والتزامه بقسط المبيع (المادة ٤٦٣) .

المبحث الأول

التزام المشتري بالثمن

٢٣٥ — حكم الفواعل العامة والنصوص المتعلقة بالتزام المشتري بالثمن —
يؤخذ من تعريف عقد البيع ذاته أن المشتري يلتزم بدفع ثمن تقدي في مقابل نقل ملكية المبيع اليه (١) (المادة ٤١٨ مدني) .

والأصل أن يرجع في تعيين الوقت والمكان اللذين يجب أن يتم فيهما دفع الثمن وفي تحديد طريقة الدفع الى ارادة العاقدين (٢) ، وكانت المادة

(١) غير أنه يمكن أن يكون الملتزم بالثمن شخصاً آخر غير المشتري سواء كان متبرعاً للمشتري بالثمن أو مقرضاً اليه ، كما لو اشترى الأب من ماله لحساب ولده ، أو ائتم مقرر الضمود في عقد البيع بدفع الثمن لحساب المشتري (انظر السهوري في الوسيط ج ٤ ص ٧٧٠ هامش ١) .

(٢) وحكم بأنه اذا أراد المشتري أن يبرء نفسه من الثمن برفضه على البائع أو تساء المرافعة فأودع حال المرافعة شيكاً لأمر البائع واعتبر الحكم هذا الايداع وفاة بالثمن ميراثاً قديمة المشتري من الدين ذاته ، يكون قد خالف القانون ، فلهذا لأن الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاة إلا أن الالتزام المترتب في ذمة الساحب لا يتخفى بمجرد سحب الشيك بل يقبل السحب عليه بصرف ثبوته المستند (نفس مدني ١٣ يونيو ١٩٥٧ المحاماة ٣٨-٨٦٣-٣٧٣) .

٣٢٨/٤٠٦ من التقنين الملغى تنص على هذا الأصل بقولها انه « يجب على المشتري وفاة الثمن في الميعاد وفي المكان المعينين في عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه » . فاذا خلا العقد من نص على احدى هذه المسائل وجب الرجوع في شأنها الى عرف الجهة أو العادات التجارية . فاذا لم يوجد عرف أو عادة ، تعين الرجوع الى القواعد التي قررها المشرع في هذا الشأن .

ويبين من ذلك أن هذه القواعد تعتبر مقررة ومفسرة لارادة الماعدين ، وليست أمرة ، اذ هي لا يعمل بها الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها .

والأصل في العقود المسماة أن يطبق عليها من أحكام القانون ماورد في شأنها بالذات وأن لا يرجع الى القواعد العامة الا فيما لم يرد في شأنه نص خاص بالعقد المسمى (راجع ما تقدم في نبذة ٤) .

ولأن القانون أورد في باب البيع نصوصاً خاصة فيما يتعلق بالتزام المشتري بدفع الثمن ، وجب تطبيق هذه النصوص الخاصة قبل الرجوع الى القواعد العامة .

غير أن تطبيق كل من هذه النصوص على وجهه الصحيح يقتضى تعيين طبيعته وما اذا كان يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة أو خروجاً عنها ، كما يقتضى في هذه الحالة الأخيرة تحديد حكمة التشريع في الخروج على القواعد العامة .

والقواعد العامة في الوفاء بالالتزام بوجه عام تقتضى بما يأتي :

(١) فيما يتعلق بوقت الوفاء ، أنه يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين (المادة ٣٤٦ فقرة أولى مدني) . على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية . اذا لم يمنحه نص في القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال يتخذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق اللاتن من هذا التأجيل ضرر جسيم (المادة ٣٤٦ فقرة ثانية مدني) .

(٢) وفيما يتعلق بمكان الوفاء ، أنه اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات

وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام (المادة ٣٤٨قرة أولى) . أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (المادة ٣٤٧قرة ثانية) .

ومقتضى ذلك أن الدائن هو الذي يجب عليه في هذه الحالة أن يسعى إلى المدين بالمطالبة وأنه ليس على المدين أن يسعى بالوفاء إلى الدائن ، أى أن الدين يطلب ولا يحمل .

(٣) وفيما يتعلق بنفقات الوفاء ، أنها تكون على المدين .

وفي ضوء هذه القواعد العامة نستطيع أن ندرس النصوص الخاصة التي وردت في شأن التزام المشتري بدفع الثمن .

٢٣٦ - المطلب الذي يجب فيه وفاء الثمن - تنص المادة ٤٥٦ مدني على أن « يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن ، وكانت المادة ٣٢٩/٤٠٧-٤٠٩ من التقنين الملغى تقضى بمثل ذلك أيضاً) .

ويؤخذ من هذا النص أن المشرع يفرق بين الوفاء بالثمن الذي يستحق وقت تسليم المبيع وبين الوفاء بالثمن الذي يستحق بعد ذلك .

ففي الحالة الأخيرة طبق المشرع حكم القواعد العامة ، فنص على أن الوفاء يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن (المادة ٤٥٦قرة ثالثة وهي تطبيق للمادة ٣٤٧قرة ثانية) . غير أنه يلاحظ وجود فرق بين نص المادة ٤٥٦قرة ثانية ونص المادة ٣٤٧قرة ثانية التي تتضمن القاعدة العامة ، إذ اقتصر الأول على أن يقرر أن الوفاء يكون في المكان الذي

يوجد فيه موطن المشتري في حين أن الثاني قرر أن الوفاء يكون في هذا المكان أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال . ولكن هذا الفرق غير مقصود ويجب تفسير عبارة المادة ٤٥٦ بما ورد في المادة ٣٤٧ واعتبار وفاء المشتري بالثمن واجباً في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع متعلقاً بهذه الأعمال ، إذ تقتضى المادة ٤١ مدني بأن « يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » . فإذا اشترى المحامي أثاثاً أو أدوات كتابية لمكتبه وجبت مطالبته بالثمن في مكتبه لا في المكان الذي يقيم فيه عادة^(١).

أما إذا كان الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وهو يكون كذلك إذا حدد في العقد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع الثمن ، أو إذا لم يحدد وقت لأى منهما فيكونان مستحقين فوراً ، أو إذا حدد وقت لتسليم المبيع ولم يحدد وقت لدفع الثمن فيكون الثمن مستحقاً في الوقت المحدد لتسليم المبيع ، فقد نص المشرع على أن يكون الوفاء بالثمن في المكان الذي يسلم فيه المبيع (المادة ٤٥٦ فقرة أولى) . وظاهر أن في هذا النص خروجاً على القواعد العامة التي تقتضى بأن يكون الوفاء في موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (المادة ٣٤٧/٢ مدني) . وحكمته الرغبة في أن الالتزامات المستحقة في وقت واحد يتم تنفيذها معاً في مكان واحد ، حتى لا يحدث خلاف على من يجب أن ينفذ أولاً وحتى لا يحتاج البائع والمشتري — والمفروض أنهما

(١) عل أنه إذا كان المقررى قد منح جد استحقاق الثمن أجلاً له فمه عملاً بنظره الميسرة أو تخفلاً من البائع ، فإن ذلك لا يؤثر في اجبار أن الثمن كان مستحقاً وقت تسليم المبيع ، ويحين على المقررى عند حلول أجل المستوح له أن ينفذ بالثمن في مكان تسليم المبيع لأن هذا المكان قد تحدد بمجرد استحقاق الثمن قبل منح أجل الجديد (السهوي في الوسيط ج ٤ ص ٧٩٨ هامش ١ ، بلاتول وريبه وعامل ج ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) .

مجمعان وقت تسليم المبيع في المكان الذي يجب فيه التسليم - الى الاجتماع مرة أخرى في موطن المشتري .

ويلاحظ أن المشرع لم يعرض لتعيين مكان الوفاء بالثمن في حالة ثالثة غير الحالتين السابقتين هي الحالة التي يكون فيها الثمن مستحقاً قبل الوقت المعين لتسليم المبيع ، ولاشك في انطباق القاعدة العامة على هذه الحالة اذ لا تنافر فيها الحكمة التي اقتضت الخروج على هذه القاعدة في الحالة السابقة . واذن يكون وفاء الثمن في هذه الحالة في موطن المشتري كما في الحالة الأولى .

ويمكن القول اذن بوجود التفرقة بين الأحوال التي يستحق فيها الثمن وقت التسليم والأحوال التي يكون فيها استحقاق الثمن في وقت سابق أو لاحق لوقت التسليم ، وفي هذه الأحوال الأخيرة تطبق القواعد العامة . أما في الأحوال الأولى ، فيكون الثمن مستحق الاداء في مكان تسليم المبيع خلافاً للقاعدة العامة .

وكل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢٣٧ - الوقت الذي يجب فيه وفاء الثمن - في القانون الفرنسى تنص المادة ١٦٥١ مدنى على أنه يجب على المشتري دفع الثمن في الزمان والمكان اللذين يجب أن يتم فيهما تسليم المبيع ما لم يتفق على غير ذلك .

ومقتضى هذا النص أنه اذا عين أجل لتسليم المبيع دون تعيين أجل لدفع الثمن ، يجوز للمشتري أن يؤجل دفع الثمن الى الوقت المعين للتسليم .

أما التقنين المدنى المصرى الملغى فكان ينص في المادة ٣٢٩ فقرة أولى ٤٠٧ منه على أنه في حالة عدم وجود شرط صريح في العقد يكون الثمن واجب الدفع حالاً في مكان تسليم المبيع . فكان ظاهر النص يفيد أن دفع

الثن واجب حالا أى. فور العقد ويقطع النظر عن حصول تسليم المبيع ،
أى ولو كان التسليم مؤجلا . غير أن الفقه والقضاء آيا الأخذ بهذا الظاهر ،
واعتبرا النص موضوعاً للحالة الغالبة وهى التى لا يكون فيها اتفاق على تأجيل
التسليم ، وذهبا الى أنه اذا عين فى العقد أجل للتسليم ، فإن المدالة تقضى
— ما دام العقد ملزماً للجانبين وما دام تنفيذ التزامات كل من الجانبين يعتبر
سبباً لالتزامات الجانب الآخر — أن يتم التنفيذ من الجانبين فى وقت واحد ،
فلا يلزم المشتري بدفع الثمن الا فى الوقت المعين للتسليم .

وقد أخذ التقنين المدني الحالى أيضاً بذلك ، فنص فى المادة ٤٥٧ فقرة
أولى منه على أن يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه ، ما لم
يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وقد تقدم أن الأصل أن المبيع
يكون واجب التسليم وقت العقد . واذن يكون الأصل فى التقنين الحالى
وجوب تسليم المبيع ودفع الثمن فور العقد ، ولكن يجوز أن يتفق العاقدان
على أن يدفع الثمن قبل التسليم أو بعده كأن يتفقا على أن يدفع الثمن فور العقد
مع تأجيل تسليم المبيع ، أو يتفقا على أن يدفع الثمن مؤجلا على أقساط أو
جملة واحدة مع تعجيل التسليم . فإذا اتفقا على أجل لتسليم المبيع ولم يحددا
أجلا لدفع الثمن فيكون الثمن مستحقاً فى الأجل المعين للتسليم . وقد يقضى
العرف بأحكام أخرى فيتمتع اتباعها اذا لم يتفق الطرفان على ما يخالفها^(١) .
وفى كل حالة يكون فيها وقت استحقاق الثمن والتسليم واحداً ، يثور

(١) نص مدنى ٣ مايو ١٩١٧ بمجموعة أحكام النقض ١٣ - ٥٧١ - ٨٦ وقد جاء
فيه أنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن اتفاقاً قد تم بين الطرفين على دفع الثمن
جميعه قديماً فى ميعاد معين فإنه لا محل للرجوع الى العرف لمعرفة ميعاد دفع الثمن والقيمة التى
يدفع بها أو لبيان ما اذا كان يحق للبائع التحلل من الصفة اذا لم. وف المشتري الثمن فى الميعاد
مادام أن الثمن قد تحول هذا الحق بنس ضريح بما قرره فى المادة ٣٣٥ من القانون المدني
القديم من أنه اذا اتفق فى بيع البضائع والأدوية المتقولة على ميعاد لدفع الثمن ولاسلام المبيع
كان البيع مفسوخاً ضمناً اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بغير حجة الى تنبيه زمنى .

التساؤل عن أى الطرفين يلزم أولاً بوفاء التزامه ، اذ من المتصور أن يتوقف كل منهما عن وفاء التزامه حتى يفي الآخر التزامه . وجواب ذلك أن الطرف الذى يبدأ بمطالبة الآخر يجب أن يبدأ هو بوفاء التزامه . فان طالب المشتري البائع بتسليمه المبيع وجب عليه أن يبدأ بدفع الثمن ، والا جاز للبائع الامتناع عن التسليم . وان طالب البائع المشتري بالثمن كان عليه أن يسلم المبيع أولاً ، والا جاز للمشتري الامتناع عن دفع الثمن (١) .

٢٣٨ - طعقات الثمن - تلحق بالثمن أحياناً فوائده وتكاليف المبيع من وقت البيع الى حين تسليمه . وهذا عدا ما يلزم المشتري به ايضاً من نفقات وفاء الثمن وطفقات عقد البيع ورسومه وطفقات تسلم المبيع ، وسيأتى الكلام فى كل منها فى موضعه .

٢٣٩ - (١) فوائده الثمن - تنص المادة ٤٥٨ فقرة أولى مدنى على أن « للاحق البائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشتري أو اذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

ويخلص من هذا النص أن المشتري اذا لم يدفع الثمن فور العقد يلزم بفوائد عنه فى أربع حالات :

(الأولى) اذا ائتمق العاقد على ذلك . وفى هذه الحالة يلزم المشتري بالفوائد المتفق عليها ومن الوقت المعين لذلك فى العقد ، على ألا يجاوز سعر الفائدة الاتفاقية ٧ ٪ فى السنة وفقاً للمادة ٢٢٧ مدنى . واذا نص العقد على استحقاق البائع فوائد عن الباقي له من الثمن دون تعيين سعر الفائدة ، استحققت له الفوائد بالسعر القانونى وهو وفقاً للمادة ٢٢٩ مدنى ٤ ٪ فى المواد المدنية أو ٥ ٪ فى المواد التجارية ، ولكنها تعتبر فوائد اتصافية

(١) السهورى فى الوسيط ج ٢ ص ٧٩٧ هامش ١ .

لا فوائد قانونية. وتسمى هذه الفوائد الاتفاقية من الوقت الذى بنص عليه الاتفاق، سواء أكان هو وقت المقد أم وقت استحقاق الثمن أم وقت تسليم المشتري للمبيع ولو لم يكن هذا قابلاً أن ينتج ثمراً أو إيرادات أخرى^(١).
(والثانية) إذا وجد عرف يقضى باستحقاق البائع فوائد عما لم يقبضه من الثمن، لأن العرف يقوم مقام اتفاق العاقدين. ومثل ذلك أن يتفق على أن يدخل الثمن في حساب جاري بين المشتري والمبيع، فسمى عليه حينئذ فوائد قانونية بمقتضى عرف مستقر على حساب الفوائد القانونية على الحساب الجاري.

(والثالثة) إذا استحق الثمن وأعذر المشتري لدفعه فلم يدفعه، ويكون أعذاره، كما تقدم في بنده^(٢). ويلزم المشتري بالفوائد في هذه الحالة من وقت إعذاره وليس من وقت المطالبة القضائية لحسب ما تقضى به القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٢٢٦ مدني (راجع نص هذه المادة وقد ورد في نهايته بأن حكمها يسرى «ما لم ينص القانون على غيره»). ويعتبر حكم المادة ٥٨ في شأن الفوائد استثناء من تلك القاعدة العامة.

(والرابعة) يظهر من نص المادة ٥٨ المذكورة أن البائع يستحق فوائد عن الثمن الذى لم يدفع إليه إذا هو سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، كما إذا كان المبيع منزلاً مؤجراً أو أراضاً مزرعة^(٣) (وهذا ما كانت تقضى به أيضاً المادة ١٠٠/٣٣٠ مدني قديم).

(١) الشهوري في الوسيط ج ٤ ص ٧٧٧.

(٢) وحكم أن المطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تتضمن إعذاراً بدفع الثمن، ويرتب عليها سريان الفوائد في حق المشتري إذا رفض طلب الاسترداد وإلزام المشتري بالثمن [استئناف غلط ٢٤ مارس ١٨٩٢ (٤ ص ٢١٦)].

(٣) ويجب التوسع في فهم قابلية المبيع لإنتاج ثمار أو إيرادات أخرى، بحيث يدخل في ذلك قابلية المبيع لأى استعمال تقوم، كما في بيع سيارة للاستعمال الشخصي، فإن ما يمكن أن يغيره المشتري من استعمالها بعد من قبيل الثمار أو الإيرادات الأخرى ويمكن للإجباب فوائد الثمن. وكذلك الحال لو كان المبيع أرضاً فضاء معدة للبناء أو كتاباً أو صورة زينية =

وقد قرر المشرع ذلك لأنه رأى أن العدالة تقتضى أن يقابل تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع تمكين البائع من الانتفاع بالثمن ، سواء بدفعه إليه ليستغله بنفسه أو باعطائه فوائد عنه مقابل استغلال المشتري إياه ، وذلك حتى لا يجمع المشتري بين ثمار البديلين أى بين الربيع والفوائد وحتى لا يحرم البائع منهما معا .

وقضت محكمة النقض بأن حق البائع في فوائد الثمن إذا كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى يقوم على أساس من العدل الذى يأتى أن يجمع المشتري بين يديه ثمرة البديلين ، المبيع والثمن ، ولذلك حق أن يكون على المشتري فوائد ثمن المبيع المثمر الذى تسلمه من يوم تسلمه . ولا يقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالا ، كأن يكون مؤجلا أصلا أو لعللة طارئة أو يكون محجوزا عليه أو محبوسا تحت يد المشتري . واذن فالمشتري لا يستطيع أن يتمسك بأنه غير ملزم بفوائد عن باقى الثمن حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إياه مستندات التملك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائى متى كان قد وضع يده على الأطنان المبيعة^(١) أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الأداء حالا لسبب يرجع الى البائع نفسه كأن يكون تأجيل الثمن بسبب امهال البائع ليستجمع أوراقه التى تثبت ملكيته حتى يمكن تحرير العقد النهائى^(٢).

== أو مصافا . ففى هذه الأشلة أيضا يمكن أن يحى المقرى فائدة متوقعة إذا استعمل المصا فيها أمده ، ففى فى الأرض أو قرأ الكتاب أو حل به مكتبته أو منع عنه مشاهدة الصورة أو بترين بيته أو مكتبته بها أو بحمل المصاغ . فإذن عكس ذلك أمام بقعة ٢٣٤ . وقد حل ذلك الأستاذ السهورى على أن يقول انه كان الأولى من ناحية السياسة القهرية أن تصحى الفوائد من وقت تسليم المبيع سواء كان قابلا لاتساع ايراد أو غير قابل لذلك (السهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٧٨٠ هامش ١) .

(١) نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٦٧٩ — ٣٥٠ .

(٢) نقض مدنى ٥ ابريل ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ٢ — ٦٣٦ — ٩٠٦ .

وقد حكم بأن المشتري يلزم في هذه الحالة بفوائد الثمن ولو كان ممتنعاً عن دفعه استمالة لحق الحبس اذ لا يجوز أن يجمع المشتري بين الاتقصاع بالمبيع واستثمار الباقي في ذمته من الثمن (١).

فاذا قضى الحكم للبائع بالفوائد القانونية من وقت المطالبة القضائية بها فقط وأغفل طلبه الحكم بها من وقت تسلم المشتري المبيع المنتج ثماراً، كان ذلك قصوراً منه يستوجب نقضه (٢). أما اذا لم يطلب البائع الفوائد للمقابلة للثمار واقتصر على طلب فوائد عن الأقساط التي دفعت متأخرة عن أجل استحقاقها، ورأت المحكمة أنه لا محل للحكم بفوائد عن هذا التأخير الا من وقت المطالبة القضائية بها، فلا مخالفة في ذلك للقانون (٣).

وتسرى هذه الفوائد من وقت وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من قبضه دون عائق (٤). ويستمر سريانها الى حين وفاء كامل الثمن. واذا سدد الثمن أقساطاً، سرت الفوائد على كل قسط من تاريخ تسلم المشتري المبيع الى تاريخ سداد هذا القسط.

غير أنه يلاحظ أن محل اشتراط المادة ٤٥٨ تسليم المبيع للمشتري لاستحقاق الفوائد للبائع أن يكون بين الطرفين اتفاق على أن ثمرة المبيع لا تكون للمشتري الا من تاريخ التسليم، لأنه اذا لم يوجد اتفاق على ذلك فإن ثمرة المبيع ونمائه يكونان للمشتري من وقت البيع وفقاً للمادة ٤٥٨ فقرة ثانية، وحينئذ يتعين إلزام المشتري بالفوائد ليس من تاريخ التسليم فحسب

(١) قس مدني ٩ ديسمبر ١٩٤٨ فهرس المحلة وعشرين سنة لأحكام القس من ٣٦٢
بتة ١٠٦، وأيضاً استئناف مصر ٢٤ نوفمبر ١٩٤٣ المحلة ٢٥ - ٢٤ - ٩٣.
(٢) قس مدني ١٤ يونيو ١٩٦٢ مجموعة أحكام القس ١٣ - ٨٠٨ - ١٢١
(٣) قس مدني ٢٣ أبريل ١٩٤٤ فهرس المحلة وعشرين سنة لأحكام القس من ٣٦٢
بتة ١٠٤.

(٤) وبكفي في ذلك مجرد اعداد المشتري لتسلم المبيع (بودري لاكتنري بتة ٢٥،
السهورى في الوسيط ج ٤ من ٧٨٠ هامش ٣).

بل من وقت البيع متى كان المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إرادات أخرى (١).
ولذلك كان ينبغي أن تنص المادة ٤٥٨ فقرة أولى على حكم الحالة التي
لا يكون فيها اتفاق على تأجيل استحقاق المشتري ثمرة المبيع إلى حين تسليمه
لأنها هي الأصل (٢).

وبناء على ذلك نرى تفسير عبارة المادة ٤٥٨ فقرة أولى مدني بمعنى أن
البائع يستحق من وقت العقد فوائد عما لم يقبضه من الثمن متى كان المبيع
قابلاً أن ينتج ثماراً أو إرادات أخرى، ما لم يتفق على أن المشتري لا يستحق
ثمرة المبيع إلا من وقت التسليم أو من أي وقت آخر، فلا يستحق البائع الفوائد
إلا من هذا الوقت أيضاً (٣).

(١) قرب في هذا المعنى قضى مدني ٣٠ يونيو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ -
١٤٩٠ - ٢٠٧ ، وقد جاء فيه قوله : « لئن كانت المادة ٣٣٠ من القانون المدني القديم
تنص بأنه لا يكون للبائع حق في فوائد الثمن في حالة عدم الاتفاق عليها إلا إذا كان المشتري
بالبيع تكليفاً رسمياً أو كان المبيع الذي سلم ينتج ثمرات أو إرباحاً أخرى بما يوحي أنه ما لم
يحصل هذا التكليف فإن فوائد الثمن لا تستحق للبائع إلا من تاريخ تسليم المشتري المبيع الثمر ،
لما كانت البع في وسط حق البيع في فوائد الثمن بتسليمه المبيع الثمر للمشتري هي عدم جواز
جمع المشتري بين ثمرة البديلين - المبيع والثمن - وافترض المشرع أن وسيلة المشتري المالية تسكن
من الاستيلاء على الثمرات هي تسلمه المبيع فإنه في أية حالة يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء
على هذه الثمرات ولو لم يتسلم المبيع فعلا فإنه يلزم بدفع الفوائد بالسر القانوني حتى لا يجمع بين
الثمرات والفوائد ، فينتفع بالثمن والمبيع ما - فإذا كان الحكم للطلون فيه قد قضى للطولوت
ضده (المشتري) بثمرات المبيع عن مدة سابقة على تاريخ وفاته باق الثمن ، فإنه أذعن القضاء
للعائن (البائع) بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمن وإجراء القاسمة بين هذه الفوائد وما
يملكها من الثمرات تأسيساً على أن البيع كان تحت يده ، فإن الحكم يكون مخالفاً للقانون .
(١) ويفسر ورود النص بهذا الشكل أن النص اختلف له في مشروع تنقيح القانون المدني
(وهو المادة ٦٠٤) كان يحمل للمشتري ثمر البيع وتنازه من وقت أن يصبح الثمن مستحقاً ،
فانفردت لجنة المراجعة بتدبيره لجعل استحقاق الثمن من وقت التسليم أو من وقت البيع ، فأخضعت
الجنة بالاتراح الأخير تركت النص المطلق باستحقاق الفوائد على أصله (انظر مجموعة الأحكام
التنضيدية ج ٤ ص ١٣٩ وما بعدها) .

(٢) قانون السهوي في الوسيط ج ٤ ص ٨٨٢ .

على أننا نرى أنه إذا كان الثمن مؤجلاً أصلاً في عقد البيع ، فإن المشتري لا يلزم بالفوائد ولو كان المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى إلا من وقت حلول الأجل ولو تم تسليم المبيع قبل ذلك ، لأن تعيين أجل في العقد لدفع الثمن يفرض معه مراعاة هذا الأجل في تحديد الثمن ، أى أن الثمن المسمى يعتبر شاملاً قيمة المبيع وقت العقد وقيمة ثمراته التي ينتجها من ذلك الوقت الى حين استحقاق الثمن ، فلا تسرى عليه فوائد الا من تاريخ استحقاقه ما لم ينص في العقد على غير ذلك ، وبعبارة أخرى فإن الثمن المؤجل في عقد البيع ذاته لا تسرى عليه فوائد قبل حلول أجله ما لم يشترط ذلك صراحة في العقد ، ولو كان المبيع منتجاً مائراً ، وسواء سلم الى المشتري أو لم يسلم^(١) . وهذا بخلاف الثمن المرجأ وفاؤه بناء على نظرة الميسرة أو استعمالاً للحق في الحبس ، فإن أجله لا يكون ملحوظاً في تقدير الثمن ، فلا يقف سرعان الفوائد طالما أن المشتري قد أصبحت له ممار المبيع ومنافعه^(٢) .

والمفروض في الحالات الثلاث الأخيرة التي يستحق فيها البائع فوائد عن الثمن وفقاً لما تقدم أنه لا يوجد فيها اتفاق لا فيما يتعلق باستحقاق الفوائد

(١) عن مدني ١٥ ابريل ١٩٥١ فهرس الحقة وعشرين سنة لأحكام النص ص ٣٦٧ نبذة ١٠٥ .

(٢) في هذا الذي ذكرنا في آثار البيع سنة ١٩٥٠ نبذة ٥٦ ، وقد أخذ بذلك أيضاً الأستاذ الشهوري في الوسيط ج ٢ سنة ١٩٥٦ ص ٩٠٢ نبذة ٥١٠ - والكتور البيرناوي في عقد البيع سنة ١٩٥٨ نبذة ٣٦٧ ص ٥٤١ ، عباس الصراف في البيع والايجار ص ٢٣٣ . انظر عكس ذلك اسماعيل ظام ص ٢١٣ ، منصور نبذة ٩٩ ص ٢٢٤ ، أنور سلطان نبذة ٢٩٦ ص ٣٥٨ ، امام نبذة ٢٢٤ ص ٣٩٨ ، عن ٩ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة التواعد القانونية ٥ - ٦٧٩ - ٣٥٠ - وأيضاً ٥ ابريل ١٩٥١ فهرس الحقة وعشرين سنة لأحكام النص ص ٣٦٢ نبذة ٩٥٥ .

وانظر حكم المحكمة الاسلامية في رسالة عبد الهادي الطائي في الحق في الحبس بتاريخ ١٩٥٨ ص ٢٠١ وما بعدها .

ولا فيما يتعلق بسعر الفائدة ، فتحسب الفوائد التي يلزم بها المشتري بالسعر القانوني أى بواقع ٤ ٪ إذا كان البيع مديناً أو ٥ ٪ إذا كان تجارياً .

٢٤٠ - (ب) تكاليف المبيع - يلزم المشتري بأن يدفع الى البائع وفق الثمن المسمى تكاليف المبيع من وقت تمام البيع كالضرائب ومصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال ، لأن هذه التكاليف تقع على عاتق من ينفع بالمبيع ، وقد نصت المادة ٤٥٨ فقرة ثانية على أن « للمشتري عمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

٢٤١ - من المشتري في عبس الثمن - يلزم المشتري بدفع الثمن في ميعاد استحقاقه ليحصل في مقابل ذلك على ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة نافعة . وقد تنص أن المشرع خول المشتري حق الرجوع على البائع بالضمان في حالات التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . غير أن المشتري لا يلجأ الى دعوى الضمان الا اذا كان قد وفى الثمن . أما اذا لم يكن قد وفاه ، كان أنجدي له من الرجوع بالضمان أن يتمتع عن وفاء الثمن بعد استحقاقه . وقد قرر المشرع للمشتري هذا الحق في بعض الحالات حتى لا يعتبر امتناعه عن دفع الثمن بعد استحقاقه اخلاقاً بالتزامه ، فبعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٧ مدنى على تعيين الوقت الذي يجب فيه وفاء الثمن ، استدرك على ذلك بأن نص في الفقرتين التاليتين على أنه « اذا تعرض أحد للمشتري مستنداً الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى يتقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيل . ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما اذا كشف المشتري عيباً في المبيع » .

ويخلص من ذلك أن القانون يحول المعترى الحق في حبس الثمن بعد استحقاقه في ثلاث حالات :

(١) إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع . وهذه هي حالة التعرض القانوني الصادر من الغير التي كان يثبت فيها للمشتري الرجوع بضمان التعرض لو أنه كان قد وفى الثمن . فاذا تحققت قبل وفاء الثمن ، كان الأولى أن يسمح للمشتري بالامتناع عن الوفاء بدلا من الزامه به أولا ثم تخويله حق الرجوع .

(٢) اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري . وظاهر أن المشرع لم يشترط في حبس الثمن في هذه الحالة ما يشترط في الرجوع بالضمان من حيث تحقق التعرض أو الاستحقاق فعلا ، ولا من حيث عدم علم المشتري وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق (١) ، لأن استعمال المشتري حق حبس الثمن أخف وطأة على البائع من استعماله دعوى ضمان الاستحقاق ، فاكفى فيه بمجرد خشية التعرض ، على أن تكون هذه الخشية مبينة على أسباب معقولة ،

(١) نفس مدني ١٩ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام المجلس ١٨-١٤٣-٧٤ وقد جاء فيه أن مفاد نص المادة ٣٣١ مدني (قديم) والتي تقابل المادة ٤٥٧ / ٢ من القانون القائم أن المشرع لم يحصر حق المشتري في حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالقل ، وإنما أجاز له هذا الحق أيضاً ولو لم يقع هذا التعرض اذا تبين وجود سبب جدي يخفى منه نزع المبيع من يده . فجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يحول له الحق في أن يحبس ما لا يكون قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في المقد شرط يختمه من استماله . وعلم المشتري وقت الصراء بالسبب الذي يخفى منه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محبلاً بالخطر الذي تهدده ويكون في نفس الوقت مضيقاً على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن ما دام أنه لم يقتر ساط الخيار . واذا كان اكتشاف المعترى أن المبيع أو بضه غير مملوك للبائع يعتبر من الأسباب الجدية التي يخفى منها نزع المبيع من تحت يده ، فانه يجوز للمشتري أن يحبس ما لم يؤده من الثمن حتى ولو كان المالك الأصل لم يرجع عليه بدعوى الاستحقاق أو ينازعه بعد في المبيع .

وسواء كان المشتري عالماً وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق أو غير عالم به (١). فإذا وجد على العقار المبيع رهن أو اختصاص، فإن ذلك لا يكفي للرجوع بالضمان ولكنه يحول المشتري حبس الثمن إذا لم يكن قد دفعه. ولا يكفي لنفي حقه في حبس الثمن سبق عده بوجود الرهن أو الاختصاص من وقت البيع (٢).

(٣) إذا كشف المشتري عيباً في المبيع مما يوجب ضمان البائع. ولم يكن حق الحبس في هذه الحالة منصوصاً عليه في التقنين الملغى، ولكن واضعي التقنين الحالي رأوا أنه ما دام المشتري الذي يكشف العيب الخفي بعد دفع الثمن يكون له حق الرجوع على البائع بضمان الميوب فإنه إذا كشف العيب قبل الدفع يكون أولى بحبس الثمن من المشتري الذي لا يكشف إلا شيئاً معقولاً لا يخشى معه التعرض، فسووا بين الحالتين ونصوا في شأنهما على حق المشتري في حبس الثمن.

غير أنه يلاحظ أن حق المشتري في حبس الثمن في هذه الحالات الثلاث لا يبدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة المنصوص عنها في المواد ٢٤٦

(١) في هذا المعنى قضى مدني ٤ ديسمبر ١٩٤٧ الحاماة ٢٨ — ١٠١٨ — ١٢ و قد جاء فيه أن علم المشتري وقت العراء بسبب نزع الملكية لا ينافي حقه في الحبس لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذي يهدده، ويكون في الوقت نفسه معولاً على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن. وإذا كان النص الرئي المادة ٣٣١ مدني أهل قد قال في بيان شرط الحبس « إذا ظهر سبب يخفى منه نزع الملكية »، فهو لم يرد ربط قيام حق الحبس بظهور خطر بعد خفاء بل أراد ربطه بوجود خطر نزع الملكية ذاته، خلافاً لكان على المشتري وقت العراء أو لم يكن. وحتى تهرؤ ذلك كان جهل المشتري سبب نزع الملكية وقت العراء ليس شرطاً في قيام حقه في الحبس. أما على هذا السبب قد يصلح بحسب الواقع في الدعوى دلالة على تنازله عن حقه في الحبس بعد قيامه.

(٢) استئناف مصر ٤ مايو ١٩٢٥ الحاماة ٨١١ — ٦٦٢ — ٢٤ يناير ١٩٤٣ المجلوعة ٤٤ رقم ٦٢، استئناف عجلط ١٢ يناير ١٩٣٩ (٥١ من ١١٦)، ١٣ فبراير ١٩٤٠ (٥٢ من ١٤٩)، وانظر قضى مدني ٤ ديسمبر ١٩٤٧ الحاماة إليه آخراً.

وما يندمها بشأن الحق في الحبس بوجه عام أو الدفع بعدم التنفيذ^(١).

وبناء على ذلك لا تعتبر هذه الحالات واردة على سبيل الحصر، فيجوز للمشتري حبس الثمن في غيرها من الحالات ، وبوجه خاص :

(١) اذا تعرض البائع نفسه للمشتري سواء كان تعرضه مادياً أو قانونياً^(٢).
(وبلاحظ أن المادة ٤٥٧ فقرة ثانية لم تذكر الا حالة التعرض القانوني الصادر من الغير مع أن حالة التعرض الصادر من البائع شخصياً موجبة مثلها للضمان ولا تقل عنها خطورة) .

(٢) اذا امتنع البائع عن اجراء اللازم لنقل ملكية المبيع الى المشتري في الأحوال التي يحتاج فيها نقل الملكية الى اجراء معين كالسجل ومباقتضيه من تقديم بيانات المبيع ومستندات الملكية وقسائم العوائد أو ورد المال والتوقيع على عقد صالح للتسجيل أمام كاتب التصديقات الخ . فان هذا الامتناع يحول المشتري ألا يدفع الثمن وأن يجبره الى أن يقوم البائع بهذه الاجراءات . والمتبع عملاً أن لا يدفع المشتري الثمن أو على الأقل الجزء الأكبر منه الا عند توقيع البائع أمام كاتب التصديقات أو أمام موثق العقود على العقد المؤشر عليه من مكتب الشهر بصلاحيته للشهر .

(٣) اذا اتفق على وجوب تسليم المبيع قبل استحقاق الثمن وكان البائع

(١) قض مدني ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠ - ٨١٠ - ١٢٢ وولد جاء فيه أن عقد البيع عقد تبادل ينفي بين طرفيه التزامات متعاقبة ، ولد أوجبت المادة ٤٣٩ مدني على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبه للمشتري في حيازته للبيع سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً . وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يجال به التزام المشتري بأداء الثمن . وقد حوت المادة ٤٥٧/٢ مدني المشتري حق حبس الثمن حتى يمتنع التعرض .

(٢) انظر في هذا المعنى المذكورة الايضاحية للعبروع التمهيدى ، في مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٤ ص ١٣٦ ، وكتابتنا في أحكام الالتزام بنقطة ٧١٥ وما بعدها ، السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ٧٩٣ .

معذرا لتسليمه، جاز للمشتري حبس الثمن بعد استحقاقه، لأن إخلال البائع بالتزامه وقت استحقاق الثمن يحول المشتري أن يتمتع عن الوفاء بالثمن إلى أن يتفد البائع التزامه بالتسليم^(١).

وفي جميع الأحوال التي يثبت فيها للمشتري حق حبس الثمن يبقى له هذا الحق ما بقي سببه قائماً ولا يحتاج في استعماله إلى اعتذار البائع^(٢). وينقضي هذا الحق بانقطاع سببه، فيزول بزوال التعرض، أو بزوال السبب الذي كان يخشى معه حدوث التعرض، أو بإصلاح العيب الذي ظهر في المبيع، أو بإعطاء المشتري بدلاً من المبيع غالباً من العيب، أو بكف البائع عن التعرض الشخصي، أو بقيامه بتنفيذ التزامه بنقل الملكية أو بتسليم المبيع^(٣).

غير أنه في جميع هذه الأحوال يسقط حق المشتري في حبس الثمن إذا طالبه البائع بالوفاء وقدم له كفيلاً يضمن ماعسى أن يستحق له من تعويضات بسبب ضمان التعرض أو الاستحقاق أو العيب أو بسبب الإخلال بأى التزام آخر (المادة ٤٥٧ في عجز الفقرة الثانية منها) .

ولأن الحق في الحبس وارد في هذه الحالات على الثمن وهو قابل للتجزئة، يكون هو أيضاً قابلاً للتجزئة . فإذا سلم البائع أكثر المبيع أو كان الخطر

(١) وكذلك إذا تم التسليم في مباداه ثم عاد المبيع إلى البائع لأي سبب من الأسباب فاحتفظ به وامتنع عن رده إلى المشتري، كما لو سلم البائع السيارة ثم أعادها إليه المشتري بعد مدة قصيرة لتفحصها فاحتفظ بها ولم يرددها. قرب في هذا الثمن نفس مدني ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ بمجموعة أحكام التقاضي ١٠ - ٨١٠ - ١٢٢ . وقد جاء فيه أنه متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء بالتزام المشتري بدفع باقي الثمن على أساس الفصل بين واقعة تسليم السيارة للمشتري عقب حصول البيع وبين واقعة حجز البائعين لها عقب إعادتها إليهم لتفحصها وكانت هذا التقاضي قرره الحكم بالإصلح رداً على دفاع المشتري الذي تمسك فيه بعدم دفع الثمن لاستمرار تعرض البائعين له رغم الحكم عليهم بتسليم السيارة، فانه يكون مشوباً بالفسور مما يستوجب نقضه.

(٢) نفس مدني ١٩ يناير ١٩٦٧ بمجموعة أحكام التقاضي ١٨ - ١٤٣ - ٢٤ .

(٣) السهورى في الوسيط ج ٤ ص ٧٩٤ .

لا يتهدد الاجزاء من المبيع ، لم يجوز للمشتري حبس الثمن كله ، بل يتعين عليه أن يقتصر على حبس قيمة ما لم يسلم اليه من المبيع أو قيمة الجزء من المبيع المهدد بخاطر الضياع (١) .

٢٤٢ - أحوال لا يثبت فيها للمشتري حق حبس الثمن - لا يثبت للمشتري حق حبس الثمن مع توافر السبب الموجب له على الوجه المتقدم في الأحوال الآتية :

(١) إذا نزل المشتري صراحة في عقد البيع عن حقه في حبس الثمن ، فليترجم أن يدفع الثمن عند استحقاقه ولو حدث له تعرض في حيازته أو ظهر له سبب يخشى معه الاستحقاق أو كشف في المبيع عيبا ، وذلك لأن نص المادة ٤٥٧ فقرة ثانية وثالثة ليس نصا آمرا فيجوز الاتفاق على ما يخالفه .

(٢) إذا دفع المشتري الثمن بعد العلم بالسبب الموجب لحبسه ، إذ يعتبر بذلك أنه قد نزل ضمنا عن حقه في الحبس (٢) ، فلا يجوز له أن يطالب البائع برد الثمن اليه ليستعمل عليه حق الحبس . وإنما يجوز له الرجوع عليه بالضمان وفقا للأحكام التي تقدمت ، ويلاحظ أن هذه الأحكام لا تخول المشتري الرجوع بضمان الاستحقاق الا اذا كان المبيع قد استحق فعلا . أما اذا اقتصر الأمر على ظهور سبب يخشى معه الاستحقاق ، فلا يكون للمشتري الافسخ البيع (راجع بنذة ٢١٠) .

(٣) اذا علم المشتري وقت البيع بوجود سبب الاستحقاق أو العيب الخفي أو كان قد اشترى ساقط الخيار ، لأنه لو دفع في هذه الحالة لا يكون

(١) السنيهورى في الوسيط ج ٤ ص ٧٩٣ .

(٢) في هذا المعنى السنيهورى في الوسيط ج ٤ ص ٧٩٣ وهو يذهب الى أن حق المشتري في حبس الثمن يسقط بالوفاء حتى لو كان المشتري وقت الوفاء غير علم بجيبام السبب الخفي بخوله الحبس .

لو رجوع بالضمان (المادة ٤٤٦ فقرة ثانية والمادة ٤٤٧ فقرة ثانية) (١)، فلا يكون له حق حبس الثمن قبل دفعه .

ومضى ثبت للمشتري حق حبس الثمن ، كان له أن يقيه تحت يده مع استمرار شغل ذمته به ، أو أن يودعه خزانة المحكمة حتى تبرأ ذمته منه ويوقف مريان الفوائد في حقه (٢).

٢٤٣ — من المشتري في طلب خفض عالم برفعه من الثمن إذا صار مرهقاً له بسبب ظروف طارئة — تنص المادة ١٤٧/٢ مدني على استثناء من القاعدة التي قررتها فقرتها الأولى القاضية بأن العقد شريعة العاقدين ، فتقول : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » .

وبمقتضى هذا الاستثناء يجوز للدين أن يطلب من القاضي أن يخفض له التزامه إذا أصبح هذا الالتزام مرهقاً له بسبب طرء ظروف استثنائية غير متوقعة .

وقد ثار الجدل حول تعيين أنواع العقود التي يمكن أن يطبق فيها حكم هذه الظروف الطارئة ، أي العقود المستمرة والعقود دورية التنفيذ لحسب ، أم يمكن تطبيقها على غير ذلك من العقود كالبيع المؤجل أو المقسط فيه الثمن ؟ وقد أثار صدور قانون الإصلاح الزراعي (رقم ١٧٨/١٩٥٢) مسألة تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود بيع الأراضي الزراعية التي أبرمت

(١) راجع ما تقدم في نشة ٧١٢ وبمذ ٢٢٧ .

(٢) الشهوري في الوسيط ج ٤ ص ٧٩٢ .

قبل صدور ذلك القانون وقبل توقع صدوره والتي لم يتم تنفيذها حتى صدوره سواء لعدم تمام اجراءات الشراء أو لاختلاف الطرفين على تأجيل بعض الثمن أو تقسيطه ، حيث قد ترتب على تطبيق أحكام هذا القانون تعديداً لجرافاً لأراضي الزراعية وخفض أثمانها خفضاً كبيراً جعل التزامات المشتريين بأثمان موجلة أو منجمة شديدة الازهاق لهم ، فذهب البعض الى عدم جواز إعادة هؤلاء المشتريين من حكم الظروف الطارئة لأن عقد البيع عقد بطبيعته فوري ولأن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق الا على العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ^(١) . وقد ذهبنا نحن مع فريق آخر من الشراح الى عكس ذلك استناداً الى عموم نص المادة ١٤٧/٢ مدني والتي توافر حكمة تشريع هذا النص في عقود البيع موجلة الثمن توافرها في العقود المستمرة أو دورية التنفيذ ، وهي تحقيق العدالة ورفع العنت عن المدين تمكيناً له من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير^(٢) .

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة استئناف مصر في حكم لها بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٥٧ طبقت فيه نظرية الظروف الطارئة على عقد بيع أطيان زراعية أبرم قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي في سنة ١٩٥٢ بشخص مؤجل بعضه الى عدة سنوات ، وذلك بعد أن استعرضت الشروط اللازمة لاعتبار الحادث ظرفاً طارئاً يقتضى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وقررت توافرها جميعاً

(١) محمد علي عرفه في شرح قانون الإصلاح الزراعي ط ٢ ص ٤٩ ، استئناف مصر ٢٦ فبراير ١٩٥٦ في الاستئناف رقم ٨٦٥ سنة ٧٢ ق ، ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ في الاستئناف رقم ٩٨٩ سنة ٧٤ ق ، ١٤ يولي ١٩٥٩ في الاستئناف رقم ١٠٧١ و ٩١٠ سنة ٧٥ .

(٢) كلمتها في نظرية العقد سنة ١٩٥٦ نفاة ٢٦٩ ، وكلمتها في أصول الالتزام الجزء الأول في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٨ نفاة ٢٧٢ ص ٥٩٤ ، وانظر زكي سيد البدواقي في شرح قانون الإصلاح الزراعي سنة ١٩٥٣ ص ٩٨ نفاة ١٦٢ ، وقرب السنهوري في المصطلح الجديد نفاة ٤٢٠ وعنه في مجلة المحاماة ص ٤٩ عدد سبتمبر ١٩٦٥ ص ١٠٢ . وفيما يخص جديدي في مصادر الالتزام ص ١٩٥ ص ١٢٥ ، أنور سلطان في مبادئ الالتزام سنة ١٩٥٥ ص ٢٢٢ نفاة ٣١٤ .

في صدور قانون الاصلاح الزراعى بعد ابرام البيع المذكور ، الا فيما يتعلق بشرط الارهاق ، فقد دبت لتحقيقه خيراً^(١) .

وقد أبدت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ٣ يناير سنة ١٩٦٣ حيث قررت أنه يبين من نص المادة ١٤٧/٢ أن المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام التعاقدى دون أن يخصص نوعاً من الالتزام التعاقدى بعينه وإنما أورد النص عاماً بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين ، فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين ، لتحقيق حكمة التشريع فى الحالتين ، وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرأت خلال هذه الفترة ، وذلك برفع العنت عن المدين بمكينأله من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير . وهذا الاختلال كما يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دروية أو مستمرة يحدث كذلك فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ ، على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحادث الطارىء . راجعاً الى خطأ المدين اذ لا يجوز له أن يستفيد فى هذه الحالة من تقصيره^(٢) .

(١) استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٥٧ الحامدة ٣٨ - ٧٣٦ - ٢٩٢ .

(٢) نفس مدنى ٣ يناير ١٩٦٣ بحومة أحكام النقض ١٤ - ٣٧ - ٢ ، وانظر أيضاً فى هذا المعنى نفس مدنى ١٥ فبراير ١٩٦٥ بحومة أحكام النقض ١٦ - ١٩١ - ٣٠ . وقد أضاف الى ما تقدم من أسباب المنكح السابق قوله انه لا يهدق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المؤجل فيها الثمن كله أو بعضه أن ارجاء دفع الثمن إنما قصد به تيسير التنفيذ على المشتري ، فلا يبنى أن يضارب به البائع ، ذلك أن الأجل أمر ملحوظ فى الصفقة على الصفة أصلاً ، لولا ما عكسكن البائع من ابرام العقد بالثمن المقتضى عليه فيه ، فلا يهدق والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن فضلاً عن البائع .

وكان قد نوزع في القضية ظلها في جوان اعتبار صدور قانون الإصلاح الزراعي ظرفاً طارئاً مما يبرر تطبيق المادة ١٤٧/٢ مدني، فقالت محكمة النقض في حكمها المشار اليه «ان الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ قد توافرت في قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨/١٩٥٢، فهو بحكم كونه قانوناً يعتبر حادثاً عاماً، وهو بعد حادث استثنائي لم يكن في الوسع توقعه ولا يمكننا دفعه. ولا يغير من اعتباره كذلك كونه تشريعاً، ذلك أن نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدني قد أطلق في التعبير عن الحادث، فلم يقيد به بأن يكون عملاً أو واقعة مادية» (١)

ورد فيها أن قانون الإصلاح الزراعي أحدث تأثيراً كبيراً في تأمين الأراضي ،
بالتقصير ، أمانها وإيجاراتها وترتب على ذلك أن يحجز كثير من المشتريين
قبل صدور هذا القانون عن الوفاء بالتزاماتهم أمام الحكومة (١) .

وليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المقسط
فيها الثمن اجراء تخفيض الثمن كله وجواز إعفاء المشتري في بعض الأحوال من
الاقساط الباقية كلها اكتفاء بما وقاه منه ، وإنما يجب أن يقتصر تطبيقها على
القسط أو الأقساط التي ثبتت للحكمة أن الزام المشتري بأدائها قد أصبح بسبب
هذا ظرف الطارىء مرهقاً له أرهاقاً يهدده بخسارة فادحة . فالأقساط التي
وفيت لا تكون محل بحث . أما باقي الأقساط المستقبلية ، فإن القاضى لا يعمل
في شأنها حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى إذا تبين أن هناك احتمالاً لزوال أثر
الظرف الطارىء عند استحقاقها ، ويكون شأن الأقساط في هذه الحالة شأن
الاداءات في عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة ، كما أنه لا يجوز
اعمال هذا الحكم على الأقساط التي تكون قد حلت قبل وقوع الحادث
الطارىء وتأخر وفاؤها الى ما بعده بسبب تقصير المشتري (٢) .

وبلاحظ أن المشرع نفسه قد تدخل بالقانون رقم ١٩٥٣/٤٥٧ لتخفيض
التزامات المشتري الذى ثبت تاريخ عقده قبل ٢٣ يولييه ١٩٥٢ إذا كان ما اشترى من
أطيان زراعية قد رفع مجموع ملكيته الى أكثر من المائتين فدان التى سمح بها قانون
الإصلاح الزراعي عند صدوره ، فخص بسبب ذلك للاستيلاء عن القدر
الزائد عن هذا الحد وكان في الوقت ذاته لم يؤد كامل الثمن الذى اشترى به
هذه الصفقة الأخيرة ، فنص في المادة الأولى من هذا القانون على أنه « إذا

(١) - من مدنى ٢ يولييه ١٩٢٤ حكومة أحكام المجلس ١٥-١٨-١٩٥٢-١٣٩ ، وأيضاً
٢٩ مارس ١٩٦٤ حكومة أحكام المجلس ١٥-١٦-١٧-٢٧ ، ٢٩ مارس ١٩٦٣ حكومة أحكام
المجلس ١٤-٣٧-٣٨ ، ٢١ مارس ١٩٦٣ حكومة أحكام المجلس ١٤-٣٨-٣٩ .
(٢) - من مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٤ حكومة أحكام المجلس ١٥-١٦-١٧-٢٧ .

كان سند المستولى لديه عقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٣ يولييه ١٩٥٢ وكان الاجل المعين للوفاء بالثمن كله أو بعضه يحل أصلاً بعد هذا التاريخ ، تحمل كل من البائع والمشتري نصف الفرق بين ثمن المستولى عليه من الأرض المبيعة والتعويض المستحق له على ألا يتجاوز ما يتحمله البائع الباقي من الثمن ، وذلك كله دون اخلال بحقوق الطرفين طبقاً لأحكام القانون المدني بالنسبة لباقي الصفقة^(١) .

ويعتبر هذا تطبيقاً تشريعياً لنظرية الظروف الطارئة على عقود البيع التي تمت قبل قيام الثورة والتي وقع المشترون بها تحت حكم الاستيلاء الذي نص عليه قانون الإصلاح الزراعي ، وبهذا التطبيق قضى المشرع بأن رفع الارهاق عن المشتري يكون بقسمة الخسارة التي ترتبت على صدور قانون الإصلاح الزراعي وانخفاض ايجار الاطيان بسببه مناصفة بين المشتري والبائع ، على ألا يتجاوز ما يتحمله البائع الباقي له في ذمة المشتري ، أي أن هذا القانون سلب القاضي سلطته التقديرية في تحديد مدى تخفيض التزامات المشتري ووضع له تحديداً قانونياً يتعين عليه اتباعه .

ويسرى هذا التحديد القانوني متى توافرت شروطه ولو رفعت الدعوى من البائع أو المشتري قبل صدور القانون رقم ٤٥٢/١٩٥٣ طالما أنه لم يصدر فيها حكم نهائي قبل وجوب العمل به^(٢) .

(١) وقد صدر أيضاً قرار من مجلس الوزراء في ١١ أغسطس ١٩٥٣ منح مشتري أراضي الحكومة بعض التسهيلات والتخفيضات نظراً لما لاحظته الحكومة من أن قانون الإصلاح الزراعي أحدثه تأثيراً كبيراً في أثمان الأراضي حتى انخفضت أثمانها وإيجاراتها وتربط على فلاحين كثيرين من المقيمين قبل صدور هذا القانون من الرقابة بالتزامهم إزاء الحكومة .
وقضيت محكمة التمييز بأن صدور قرار مجلس الوزراء المذكور لا يمنع من إعادة المشتري من تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ مدني على حاله إذا ما ثبت أن هذا التمييز لم يحد فدية التزامه المرجع اليه الحد المقرر للمدني ٢٩ مارس ١٩٦٤ بحجة أحكام القضاء ١٦ — ٤٥٩ — ٦٧ .

(٢) قضت مدني ٣١ أبريل ١٩٦٤ بحجة أحكام القضاء ١٦ — ٤٥٩ — ٦٧ .

ومتى توافرت شروط تطبيق هذا القانون الأخير ، لم يجوز المدول عنه الى تطبيق حكم المادة ١٤٧/٢ . وفيما عدا ذلك من أحوال تتوافر فيها شروط هذا الحكم الأخير دون شروط تطبيق القانون المذكور يسترد القاضى سلطته التقديرية فى رفع الارهاق عن المشتري .

٢٤٤ - جزاء الاخلال بالتزام المشتري برفع الثمن - اذا لم يوف المشتري بالثمن عند استحقاقه وبمبلغاته^(١) دون أن يكون له حق حبسه كما تقدم^(٢) ، جاز للبائع وفقا للمادة ١٥٧ فقرة أولى مدنى أن يطلب الحكم له اما بفسخ البيع مع التعويض ، واما بالزام المشتري بدفع الثمن .
واذا طلب البائع أحد الأمرين ، كان له أن يعدل عنه الى الآخر ، اذ ليس فى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزولا عن الطلب الآخر^(٣) ، بل يجوز له أن يطلب أحدهما بصفة أصلية والآخر بصفة احتياطية ، ولكنه لا يجوز له يجمع بينهما بصفة أصلية لتنافيها .

غير أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية اذا لم يمنحه نص فى القانون أن ينظر المشتري الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق البائع من هذا التأجيل ضرر جسيم (المادة ٣٤٦ فقرة ثانية ، وانظر أيضا المادة ١٥٧ فقرة ثانية) . وفى هذه الحالة يجوز للقاضى

(١) وقد حكم بفسخ البيع لأن المشتري انصرف على ايداع أصل الثمن دون فواته الى مستحق فى مقابل التنازل بلا مطالبة قضائية وبغير أن يكون ثمة اتفاق عليها (نفس مدنى ٦ مارس ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣-٦٤٠-١١٠) .

(٢) نفس مدنى ١٩ يناير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨-١٤٣-٢٤ وقد جاء فيه أن الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يصحق الا اذا كان يختلف عن الوفاء بغير حق . فان كان من حق المشتري قانوناً أن يجس الثمن من البائع ، فلا محل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً .
وأما بغير قيام الرض الحقيق المنفرد بالإيداع فلم الوفاء أن يكون رفض المالك قبول الوفاء المروض بغير مجز .

(٣) نفس مدنى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤-٢٢٣-٢٨ .

أن يضع المبيع تحت الحراسة حتى لا يتصرف فيه المشتري أثناء المهلة الممنوحة له .

وفوق ذلك يجوز للبائع الذى لم يقبض الثمن أن يتمتع عن تسليم المبيع الى المشتري اذا لم يكن قد سلة اياه ، فيستعمل حقه فى حبس المبيع الى أن يستوفى ما استحق له من الثمن سواء كان المستحق كل الثمن أو بعضه (راجع ماتقدم فى نبذة ١٩٣) . فإذا لم يستعمل البائع حقه فى حبس المبيع ، ولم يطلب فسخ البيع ، بل آثر أن يتفد بالثمن على أموال المشتري ، كان له بنص القانون حق امتياز على المال المبيع منه يخوله أن يتقدم غيره من الدائنين فى استيفاء الثمن المستحق له من حاصل نزع ملكية المبيع المذكور ، هو امتياز البائع المنصوص عليه فى المادتين ١١٤٥ و ١١٤٧ مدنى^(١) .

وسنعرض فيما بعد أحكام دعوى الفسخ وما يترتب عليها ، غير أنه من المهم أن ننبه هنا الى مانصت عليه المادة ٤٦١ مدنى من أنه فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعدار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك . وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره ، (انظر نبذة ٢٥٩) .

(١) واذا تم الاتفاق بين المشتري والبائع بشأن تجديد التزامه بالوفاء بالباقي من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد قرض — مطلقا على شرط واقف هو قيام المشتري برهن قدر من أمواله رهنا تأمينيا فى المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضمانا لوفائه بدین القرض ، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشتري برهن هذه الأبطالان فاتها الى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكدا أن الأمر الذى علق الالتزام الجديد على وقوعه لن يقع ، فانه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا الالتزام وبقاء الالتزام القديم — وهو التزام المشتري بدفع باقى الثمن — على أصله دون أن ينقضى واعتبار التجديد كأن لم يكن ، (تمنى مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام المص ١٥ — ١٠٢٨ — ٢/١٥٣) ويصبح للبائع الحق فى تطبيق جزاءات عدم الوفاء بالثمن ، فيسكون له الخيار بين طلب الفسخ مع التوفيق وبين التنفيذ بالباقي من الثمن .

المبحث الثاني

التزام المشتري بنفقات عقد البيع وبتسليم المبيع

٢٤٥ - (أولاً) محل التزام بنفقات العقد - نصت المادة ٤٦٢ مدني على أن « نفقات عقد البيع ورسوم التمسيد والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » . وبناء على ذلك تلزم المشتري نفقات تحرير العقد وأتعاب المحامي الذي يحرره ونفقات وأتعاب استخراج شهادات عقارية عن تصرفات البائع السابقة ورسوم التصديق على توقيعات العاقلين ورسوم التمسيد والتسجيل^(١)، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره . فقد يتفق الماقدان على أن يتحمل البائع كل هذه المصروفات أو نوعاً معيناً منها ، أو يتفقان على أن يتحملاهما معاً مناصفة بينهما . وقد يقضي العرف بما يخالف نص القانون فيما يتعلق ببعض أنواع المصروفات . ومن هذا القبيل العرف الجاري في بيع العقارات بأن السمسرة يتحملها البائع والمشتري مناصفة، وفي كثير من المبيعات الأخرى بأن البائع هو الذي يتحملها وحده بل غالباً ما يدفعها دون علم المشتري بذلك .

وقد اختلف في التزام المشتري أو عدم التزامه بنفقات تطهير العقار المبيع من الرهون المقيدة عليه ونفقات فك الرهون ومحو القيود . والراجع في هذا الشأن أن هذه النفقات تكون - عند عدم الاتفاق بشأنها - على طاق البائع باعتباره ضامناً للمشتري حيازة هادئة سليمة ، ولأن الحيازة لا تكون كذلك إلا بتطهير العقار المبيع ومحو الرهون المقيدة عليه .

٢٤٦ - جزاء التزام بنفقات العقد - إذا أدى البائع النفقات الواجبة على المشتري كلها أو بعضها وجب على المشتري أن يردّها إليه ، واللاجز

(١) انظر من مدني ٢٨ - ١٩٤٢ فهرس الحمة وعشرين سنة لأحكام النسي من ٣٦٤ نبذة ١٢٠ .

البائع أن يطلب الحكم عليه بها ، بل انه لا يوجد قانوناً ما يمنع البائع من حبس المبيع حتى يره له المشتري المصروفات^(١) ، ولا من طلب فسخ البيع لاخلال المشتري بالتزامه بدفع ثقات العقد ، ولكن القاضي لا يجيبه الى هذا الطلب الا اذا رأى في هذا الاخلال ما يبرر الفسخ .

على أن الواقع عملاً أن المشتري هو الذي يتفق بنفسه هذه التفقات لأنه صاحب المصلحة الأولى في ثبوت العقد وإتمام الاجراءات اللازمة لتنفاذ أثره ، فلا يكون ثمة محل لأن يطالبه بها البائع .

٢٤٧ - (ثانياً) محل التزام المشتري بتسليم المبيع وزمانه ومكانه -

تقدم أن على البائع أن يسلم المبيع ، أى أن يضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا من قبضه وأن يعلمه بذلك ، وأن على المشتري أن يتسلم المبيع فيضع يده عليه ان كان عقاراً أو يأخذه الى حيث يريد أن يحفظه ان كان منقولاً .

وقد نصت المادة ٤٦٣ مدنى على أنه : اذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يقبله فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون ابطاء الا ما يقتضيه النقل من زمن .

والأصل أن زمان التسلم ومكانه يحددهما اتفاق العاقدين ، وهما يكونان عادة زمان التسليم ومكانه . فاذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسلم دون ابطاء بمجرد التسليم من البائع الا ما يقتضيه التسلم من زمن ، ووجب أن يكون فى مكان التسليم .

وقد تقدم أنه اذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد زمان التسليم ومكانه ، فإن التسليم يكون واجبا فور العقد وفى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت

(١) السهوى فى الوسيط ج ٤ بذة ٤٢٠ .

العقد - وهذا هو الغرض الذى واجهته المادة ٤٦٣ إذ أوجبت على المشتري أن يسلم المال المبيع فى المكان الذى يوجد فيه ذلك المال وقت البيع .

وتكون نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك (المادة ٤٦٤) ، وإس هذا الا تطبيقاً للقاعدة العامة التى تجعل نفقات الوفاء على المدين (المادة ٣٤٨ مدنى) باعتبار أن المشتري مدين بالالتزام بتسلم المبيع بعد أن يقوم البائع بالوفاء بالتزامه بتسليم المبيع ، أى بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا من قبضه دون عائق .

٢٤٨ - جزاء التزام المشتري بتسلم المبيع - إذا لم يتم المشتري بتسلم المبيع فى الوقت والمكان اللذين يجب أن يتسلمه فيما اعتبر محلاً بالتزامه وجاز للبائع ، بعد أن يعذر ، أن يطالبه بتعويض عن الضرر الناشئ من تأخره فى تسلم المبيع ، بل جاز له أن يطلب فسخ العقد . ويخضع هذا الطلب لسلطة القاضى التقديرية ما لم يكن متفقاً بين الطرفين صراحة على أن تأخر المشتري فى تسلم المبيع فى ميعاده يستتبع فسخ العقد بقوة القانون .

وإذا كان البائع فى حاجة الى المكان الذى وضع فيه المبيع تحت تصرف المشتري ، جاز له أن يطلب الترخيص له فى إيداع المبيع على ذمة المشتري فى أى مكان آخر .

وإذا كان المبيع عقاراً ، جاز للبائع أن يتخلص من مسئولية المحافظة عليه وإدارته بأن يطلب تعيين حارس للبيع على نفقة المشتري .

وإذا كان المبيع من العروض أو المنقولات التى يسرع اليها التلف وأعذر المشتري لتسلم المبيع ، ودفع الثمن فلم يدفع ولم يتسلم ، جاز للبائع أن يتمسك بانفساخ البيع من تلقاء نفسه (راجع ما تقدم فى نبذة ٢٤٤) .

الباب الثالث

انحلال عقد البيع

٢٤٩ - قه ٢٤٩ - متى أبرم عقد البيع وتوافرت فيه جميع شروط الانقضاء والصحة ترتبت عليه الالتزامات التي تقدم ذكرها . فاذا وفي كل من العاقدين التزاماته وفاء صحيحاً استنفذ العقد أغراضه ولم يعد تمت محل الانحلاله ، بل بالعكس من ذلك فان تنفيذ الالتزامات الناشئة من عقد ما، ان كان من شأنه أن يقضي تلك الالتزامات، فمن شأنه أيضاً أن يؤكد وجود المقدوم بقاء مصدره ، لتلك الالتزامات وسنداً دائماً دائماً للآثار التي ترتبت على تنفيذها .

وانما تنحل الرابطة العقدية بوجه عام من طريق ابطال العقد أو من طريق فسخه . ويكون الابطال لنقص في أهلية العاقدين أو لعب في رضاه . ويكون الفسخ لتحقيق شرط فاسخ أو باتفاق الطرفين أو بحكم القاضي في حالة انحلال أحد العاقدين بالتزاماته وبقوة القانون في حالة هلاك المبيع وفي حالة زوال سند ملكية البائع بأثر رجعي . ويكون للابطال أو الفسخ أثر رجعي ، فتزول كل النتائج التي ترتبت على العقد من وقت ابرامه .

٢٥٠ - (نور) بطوره العفر - اذا تخلف أحد أركان البيع وهي الرضا والمبيع والتمن ، أو فقد أحدها شرطاً جوهرياً فيه كأن يكون المبيع غير معين أو خارجاً عن التعامل أو يكون الثمن صورياً أو غير معين ، وقع العقد باطلاً بطلاً مطلقاً .

والا كان البائع أو المشتري ، ناقص الأهلية أو شاب رضاه غلطاً أو

تدليس أو اكراه ، وقع البيع قابلاً للإبطال بناء على طلب الماعدين ناقص الاهلية أو من كان رضائه معيباً . فإذا طلب هذا الماعد إبطال البيع حكم له به وأصبح لافرق بين البيع الذى نشأ قابلاً للإبطال ثم حكم بإبطاله وبين البيع الذى نشأ من أصله باطلاً ، وترتب على البطلان فى كلتا الحالتين وجوب إعادة كل من الماعدين الى الحالة التى كان عليها قبل البيع كما سيأتى .

٢٥١ - (أانيا) تخلف الشرط الواقف وتحقق الشرط الفاسخ —
إذا كان البيع معقوداً تحت شرط واقف ولم يتحقق الشرط ، امتنع أن يكون للعقد أى أثر ولم يختلف حكمه عن العقد الذى يقع باطلاً من أصله (انظر المادة ٢٦٨ مدنى) .

وإذا كان البيع معقوداً تحت شرط فاسخ ثم تحقق هذا الشرط ، ترتب على تحققه زوال آثار العقد التى نشأت من وقت انعقاده (المادة ٢٦٩ مدنى) ، أو بعبارة أخرى وجب إعادة الماعدين الى ما كانا عليه قبل البيع .

٢٥٢ - (ثانيا) انقضاء الماعدين على إلغاء العقد — يجوز للماعدين أن يتفقا على الرجوع فى العقد أو على الفائه . ولكن لا يجوز لأحدهما أن يستقل بذلك دون رضا الآخر .

فإذا كان العقد يعملاً جاز للماعدين الرجوع فيه ، فيقبل كل منهما الآخر من التزاماته ، وتزول كل الآثار التى أنتجها البيع ويلزم كل من الطرفين بإعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد .

وجوز أن يكون رضا كل من الطرفين صريحاً أو ضمنياً . فإذا رد المشتري المبيع الى البائع أمكن اعتبار ذلك إيجاباً ضمنياً منه للتقابل من البيع . فإذا تصرف البائع فى هذا البيع الى آخر كان ذلك قبولا ضمنياً منه للتقابل .

ويشترط في صحة هذا الاتفاق أن تتوافر في العاقدين الأهلية اللازمة لأبرام العقد الذي يراد الاتفاق على الرجوع فيه أو على الفائه . فالتقابل من البيع يقتضى توافر أهلية التصرف في كل من العاقدين .
ويكون اثبات هذا الاتفاق وفقاً للقواعد العامة .

ويترتب على هذا الاتفاق محو آثار البيع محوً تاماً وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع ، فتعود الملكية إلى البائع ويسترد المشتري الثمن إن كان قد دفعه ، والا فإن التزامه به يسقط عنه .

٢٥٣ — (راجعاً) إبطال سند ملكية البائع أو فسخه — إذا أبطل سند ملكية البائع أو فسخ لآى سبب من أسباب الإبطال أو الفسخ كنقص أهلية أحد العاقدين أو عيب في رضاه أو تحقق شرط فاسخ أو عدم وفاء أحد العاقدين بالتزامه ، اعتبر البائع كأن لم يكن مالكاً للمبيع في أى وقت من الأوقات ، وترتب على ذلك اعتبار البيع الصادر منه كأنه صادر من غير مالك ، وكان بالتالى قابلاً للإبطال بناء على طلب المشتري وغير نافذ في حق المالك الذى عادت إليه الملكية . فإذا استعمل المشتري حقه في إبطال البيع وحكم له بذلك ، كان هذا الإبطال نتيجة لزوال سند ملكية البائع بأثر رجعى .

٢٥٤ — (خاصاً) الفسخ اعزم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه — إذا لم يف أحد العاقدين بالتزامه سواء أ كان ذلك العاقد بائعاً أو مشترياً ، فاما أن يكون عدم الوفاء راجعاً إلى سبب أجنبي عن المدين كهلاك المبيع بقوة قاهرة ، واما أن يكون غير راجع إلى سبب أجنبي .

فإن كانت الثانية كان المدين مسئولاً عن عدم الوفاء بالتزامه وجاز للدائن أن ينفذ الالتزام جبراً عن المدين إن أمكن ، والا كان له الخيار بين طلب التنفيذ بمقابل وبين فسخ البيع .

وان كانت الأولى تقتضي الالتزام الذي أصبح المرفوعة مستجيلا ، وتعين البحث فيما اذا كان للدائن في هذا الالتزام أن يفسخ العقد ليتحل من الالتزامات التي فرضها عليه هذا العقد أو ليس له ذلك . ويؤدي هذا البحث بالتالى الى تعيين من تقع عليه تبعة الهلاك *la charge des risques* فان أجز الفسخ وقعت تبعة الهلاك على المدين في الالتزام الذى صار تنفيذه مستجيلا *res perit debitori* والا كانت التبعة على الدائن *res perit creditori*.

§ ١ - فسخ البيع لعدم الوفاء غير الراجع الى سبب جنبي

٢٥٥ - شروط استعمال من الفسخ - يشترط في طلب الفسخ أربعة شروط:

(١) أن يثبت طالب الفسخ أن العاقد الآخر لم يوف التزاماته كلها أو بعضها . فاذا طلب البائع الفسخ وجب عليه أن يثبت أن المشتري لم يدفع الثمن في الاجل المتفق عليه^(١) او ملحقات الثمن^(٢) من فوائد ومن مصروفات جعلها البائع لحساب المشتري ، أو أنه متأخر في تسليم المبيع . واذا طلبه المشتري كان عليه أن يثبت أن البائع لم ينقل اليه ملكية المبيع أو لم يسلمه اليه على الوجه المبين في العقد أو في القانون أو أنه أخل بالتزام الضمان .

(١) ولا يعتبر المشتري مخالفاً بالتزام دفع الثمن اذا عرض ابق الثمن على البائع بعد رفع الدعوى عليه أمام محكمة الدرجة الأولى (تنص مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام القضاء ١٤-٣٩٨-٦٢ وقد جاء فيه أنه اذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليه باقى الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى وظلا متمسكين بهذا العرض في مواجهتهم رغم رفضهم قبوله ، فان ذلك يعد بمثابة عرض أيدى أمام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ إجراءات أخرى كتاعلان هذا العرض مخالفاً بالمادة ٧٩٢ سرافعات » .

(٢) تنص مدنى ٦ مارس ١٩٥٢ مجموعة أحكام القضاء ٣-٦٤٥-١١٠ ، وفي هذا المعنى السهنورى في الوسيط ج ٤ ص ٨١٦ .

ولا يكفي مجرد إثبات عدم وفاء المدين بالتزامه بل لابد من اعتباره لوفاء به ما لم يكن محل التزامه سلبياً كاللزام الضمان فيما يتعلق بفعل البائع نفسه فلا يحتاج الى اعداد . وقد نصت المادة ١٥٧ فقرة أولى مدني على أنه « في العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض » .

(٢) أن يثبت طالب الفسخ أنه قد وفى التزاماته الناشئة من البيع أو أنه مستعد لوفائها^(١)، اذ بدون ذلك يكون الطرف الآخر محقاً في الامتناع عن تنفيذ التزاماته أو على الأقل غير مقصر^(٢) . فالبايع المتأخر في تسليم المبيع لا يجوز له طلب فسخ البيع لعدم دفع المشتري الثمن ، والمشتري المتأخر في دفع الثمن لا يجوز له طلب الفسخ لتأخر البايع في التسليم وانما يجب عليه

(١) السهوري في الوسيط ج ٤ ص ٨٢٠ ، نفس مدني ٢١ مارس ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ١٣٢-٥٢ . وقد جاء فيه أنه اذا كان الواقع القى أثبتت محكمة الموضوع أن البايع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائي ، فإن قضاءها برفض دعواه التي طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن لا يسكون فيه مخالفة للقانون . وأيضاً نفس مدني ١٣ مارس ١٩٥٢ مجموعة أحكام التخص ٣-٦٤-١١٠ . وقد جاء فيه أنه اذا طلب البايع الفسخ ، وفي أثناء نظر الدعوى باع جزءاً من المبيع لأنه يش من دفع المشتري الثمن لم يجز للمشتري أن يحدج عليه بأنه خالف عقد البيع ، لأن البايع لم بدأ الى هذا العمل الا بعد يأسه من قيام المشتري بدفع الثمن .

(٢) نفس مدني ٢٤ ديسمبر ١٩٥٢ مجموعة أحكام التخص ٤-٢٣٣-٣٨ . وقد جاء فيه أنه اذا سألن قد ائتمد في دفاعه على أن عدم قيامه بتسليم المبيع يرجع الى أن الماطون عليه لم يبد استعداده لدفع الثمن قبل التسليم وبذلك يكون الماطون عليه هو المصبر ووجه عليه قيمة المصبر وكانت المحكمة اذ أطرحت هذا الدفاع قد قررت اذ جعل التمسك به هو أن يكون الماطون قد أظهر استعداده لتسليم المبيع ، أما وهو لم يفعل ذلك فلا يحق له أن يطالب الماطون عليه بدفع الثمن قبل التسليم ، هذا فضلاً عن أن الماطون عليه قد قرر بانذاره القى أعلته قضاة أن على استداد دفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالمصبر المخطئ عليه كما اشترط في الاتفاق ، ومع ذلك لم يتم الطاعن بتنفيذ التزامه ، فلذلك يستلزم القى ليرد المحكمة هو استسلامه تسليم ولا مخالفة فيه للقانون كما يظهر من نصه .

أولاً أن يبدى استعداده لدفع الثمن وأن يعذر البائع للتسليم، فإن امتنع بعد ذلك جاز طلب الفسخ .

(٣) أن يكون في وسع طالب الفسخ أن يرد ما قد يكون الطرف الآخر وفاه من التزاماته ، لأن الفسخ يترتب عليه وفقاً لنص المادة ١٦٠ مدني إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فلا يجوز طلبه الا اذا كان في وسع الطالب إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد ، فاذا سلم البائع بعض المبيع الى المشتري وتصرف فيه هذا الى الغير أو حوله الى شيء من نوع آخر كان فصل القماش ثياباً أو الخشب أثاثاً ، ثم امتنع البائع عن تسليم باقي المبيع ، لم يجوز للمشتري طلب الفسخ لتعذر رد ما تسلمه الى البائع بحالته الأصلية . ويقتصر حق المشتري في هذه الحالة على طلب التنفيذ العيني ان كان ذلك ممكناً بطريق الجبر ، والا فالتنفيذ بمقابل .

ولا يعتبر تغيراً لحالة المبيع يحول دون الفسخ تخصيص المنقول للخدمة عقار بحيث يصبح عقاراً بالتخصيص اذا ظل المنقول محتفظاً بذاتيته المادية كالحق الماشية أو الآلات بالأرض الزراعية^(١) .

(٤) ألا يكون طالب الفسخ قد نزل عن حقه في طلب الفسخ نزولاً واضحاً لا لبس فيه . فان اشترط في العقد ألا يكون للبائع حق الفسخ اذا تأخر المشتري في سداد القسط الأول امتنع على البائع طلب الفسخ بسبب تأخر هذا القسط . ولكن مثل هذا الشرط يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً شأن كل تنازل عن حق^(٢)، فلا يمنع البائع من طلب الفسخ لتأخر المشتري في الأقساط التالية^(٣) .

(١) الشهورى في الوسيط ج ٤ ص ٨١٧ هامش ٣ .

(٢) الشهورى في الوسيط ج ٤ ص ٨٢٠ هامش ٢ .

(٣) نفس مدني ١٢ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ - ٧٥٠ - ٢٥٩ .

٢٥٦ - كيف يكون الفسخ ؟ - لا بد في الفسخ من طلب بعد اضرار المدين ومن القضاء به . فهو أولا لا يكون الانباء على طلب الدائن في الالتزام الذى لم يتم تنفيذه اذا توافرت فيه الشروط المتقدمة ، أى ان الفسخ اختياري لهذا الدائن ، اذا شاء لجأ اليه ، والا فله طلب التنفيذ المعنى أو التنفيذ بمقابل^(١) ، فلا يجوز أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المدين في الالتزام الذى لم يتم تنفيذه . وقد تقدم أنه يجب في طلب الفسخ أن يكون المدين معذرا للوفاء ، ويجوز أن يحصل اضرار المدين في عريضة دعوى الفسخ ذاتها ، فيعين له أجل يقوم فيه بالوفاء ثم يكلف اذا لم يوف في هذا الأجل الحضور أمام المحكمة في جلسة محددة لسماع الحكم بالفسخ^(٢) .

وهو ثانيا لا يقع الا بقضاء القاضى . ويملك القاضى في الحكم به سلطة مطلقة^(٣) ، فيجوز له أن يقضى به ، أو أن يمنح المدين حسن النية أجلا

(١) ويجوز له بعد طلب الفسخ أن يبدل عنه أمام محكمة أول درجة الى طلب التنفيذ [استئناف مخطط ١٨ مايو ١٩٣٧ (٤٦ ص ٢٢٦)] ، والمكس جائز أيضا [استئناف مخطط ١٣ ديسمبر ١٩٤٤ (٥٧ ص ٢٦)] ، ولكن لا يجوز له هذا المبدول لأول مرة في الاستئناف لأنه يترتب طلبا جديدا [استئناف مخطط ٣ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٥)] ، ولا يجوز له المبدول بعد أن يقره خصمه على ما طلب [استئناف مخطط ١٣ نوفمبر ١٩١٢ (٢٦ ص ٢٣)] .

(٢) وحكم بأن مجرد الاعلان بدعوى الفسخ بتر اضرارا للدمى عليه في خصوص جواز الحكم بالفسخ [استئناف مخطط ١٩ يناير ١٩٣٢ (٤٤ ص ٦٢٢)] ، وان كان لا يكفي لازام الدمى عليه بمسروقات الدعوى في حالة انقضاء لما طلب منه فيها (السنهوري في الوسيط ج ٤ نبة ٤٠٩) .

(٣) مجلس ٨ ديسمبر ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ١-١٥٢-٨١-٣١ مايو ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ٤-٧١٢-٢٩٢ .

الأخر آجلا أخرى ، لأن هذه المادة الأخيرة نصت صراحة على جواز منح المدين أجلا أو آجلا (١) .

٢٥٧ - انقضاء العقد من تلقاء نفسه - قد ينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، أى دون حاجة الى قضاء القاضى بالنسخ ، ويكون ذلك اما بناء على اتفاق خاص بين العاقدين ، واما بناء على نص فى القانون . وقد ورد النص على ذلك فى شأن حالة معينة من حالات البيع .

٢٥٨ - (١) انقضاء البيع بناء على اتفاق سابق - نصت المادة ١٥٨ مدنى على أنه يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يبنى من الاعذار ، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه .

وبناء على ذلك ينفسخ البيع دون قضاء القاضى ودون حاجة الى اذار اذا كان منصوبا فيه على أنه ينفسخ بمجرد تأخر البائع عن التسليم أو تأخر المشتري عن دفع الثمن فى الأجل المعين ، كان ينص فيه على أنه ينفسخ تلقاء نفسه دون حاجة الى اذار ولا الى حكم قضائى .

ولا يكتفى أن ينص على أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه ، لأن ذلك لا يبنى عن حكم القاضى وغاية الأمر أنه يسلب القاضى سلطة التقدير فيما يتعلق باجابة طلب النسخ أو رفضه وسلطته فى منح المدين أجلا وبمعزل حكمه بالنسخ متعينا .

(١) الشهورى فى الوسيط ج٤ نبذة ٤٠٩ من ٨٧٤ و ٨٧٥ ، وفى الوسيط ج١ ط٢

نبذة ٤٧٥ من ٨٠٠ و ٨٠١ .

ويكون الأمر كذلك أيضاً إذا نص في عقد البيع على أنه يفسخ من تلقاء نفسه دون اعذار ، مع فرق واحد بين الحالتين هو وجوب الاعذار في الأولى وعدم لزومه في الثانية .

فيخلص من ذلك أن اتفاق المتعدين على انقضاء البيع من تلقاء نفسه يتفاوت قوة وضخفا ويكون له عدة صور :

(١) أصحها أن يكتفى بالنص على أنه بمجرد التأخر في تنفيذ التزام معين يفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا النص يترتب عليه جعل الفسخ متميماً على المحكمة إذا طلبه الدائن ، فلا تكون للمحكمة سلطة التقدير أو منح المدين أجلاً ، ولكن لا يقع الفسخ إلا بعد الاعذار وبقضاء القاضي دون أن يتم الوفاء بغير ما حاجة إلى رفع دعوى الفسخ .

(٢) والثانية أن ينص في العقد على انقضاء من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اعذار ، وهذه الحالة مثل السابقة مع فارق واحد هو أن الدائن يجوز له طلب الحكم بالفسخ دون حاجة به إلى أن يعذر المدين . ولكن الفسخ لا يقع فيها إلا بقضاء القاضي^(١) . ويجوز للمدين أن يتوقاه بتنفيذ التزامه قبل صدور حكم الفسخ .

(٣) وأقواها أن ينص في العقد على انقضاء من تلقاء نفسه بمجرد تأخر المدين في الوفاء بالتزام معين دون حاجة إلى اعذار أو إلى حكم قضائي . وفي هذه الحالة يعتبر العقد منقضاء بمجرد انقضاء الأجل المعين لوفاء الالتزام دون أن يتم الوفاء بغير ما حاجة إلى رفع دعوى الفسخ وقد يخفف هذا الاتفاق بأن ينص على انقضاء العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي ، فلا يعنى الدائن من اعذار المدين .

ومن المهم في جميع هذه الصور أن يكون هناك اتفاق على استبعاد سلطة القاضي في إنشاء الفسخ وأن تكون الواقعة التي يتفق الطرفان على أن يترتب

(١) الشهورى في الوسيط ج٢ ٤١٣ ص ٨٢٢ .

على حدوثها تخويل أحد الطرفين إيقاع الفسخ هي عدم تنفيذ التزام الطرف الآخر^(١) ،

وقد أبرزت محكمة النقض الفرق بين شرط الفسخ الصريح وشرط الفسخ الضمني حيث قالت إنها يختلفان طبيعة وحكماً . فالشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو عارض لتقدير القاضى ، وللقاضى أن يعمل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ مدنى (قديم) موجب للفسخ حتماً ، فلا يملك معه القاضى أمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عوضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى الى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة الى تنبيه اذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة الى تنبيه ولا انذار^(٢) .

وبنى على ما تقدم أن الحكم الذى يصدره القاضى بالفسخ يكون مقررأ للفسخ فى حالة وجود شرط فاسخ صريح^(٣) . أما فى غيرها فيكون حكم القاضى مذنباً للفسخ وبالتالي يكون طلب الفسخ عملاً قانونياً من جانب واحد يشترط فيمن يشاره توافر الأهلية أو الولاية اللازمة لمباشرة

(١) أنظر عبد الحى حجازى ، فى بحثه المشار اليه آخفاً ص ١٥٢ وما بعدها .

(٢) محض مدنى ٢ مايو ١٩٤٦ بمجموعة القواعد القانونية ١٥٥-١٥٥-٦٨ ، أنظر أيضاً محض مدنى ١٤ مايو ١٩٥٣ بمجموعة أحكام التمس ٤-١٠٢٤-١٦٠ ، ٢٤ نوفمبر ١٩٥٥ بمجموعة أحكام التمس ٦-١٥١-٢٠٦ .

عل أن شرط الفسخ الصريح لا يمنع المدين من المتابعة فى تحقيق الخاتمة المستوجبة أعماله ، ولا يمنع المحسنة من أن تمس دفاع الدين لتتفق مما اذا كانت الخاتمة الوجبة للفسخ قد وقعت ، فتنضى بوجبه أم غير ذلك (محض مدنى ٢٦ مارس ١٩٥٣ بمجموعة أحكام التمس ٤-٨٣٧-١١٠) .

(٣) محض مدنى ١٤ أبريل ١٩٥٥ بمجموعة أحكام التمس ٦-٩٤٦-١٢٤ .

للتبرعات المتأخرة بين التمتع والضرر (٤).

٢٥٩ - (ب) انقضاء البيع بناء على نص في القانون - نصت المادة ٤٦١ مدني على أنه «في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار أن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره .»

وبخلاص من ذلك أنه إذا كان المبيع منقولاً قد عين أجل لتسليمه ودفع ثمنه (٢) ، ولم يدفع المشتري الثمن في الأجل المتفق عليه (٣) ، جاز للبائع بعد أن يكون قد أبدى استعداده لتسليم المبيع في المكان المعين لذلك (٤) ، أن يعتبر البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار المشتري أو إلى حكم قضائي (٥) ، وأن يتصرف بناء على ذلك في المبيع مرة ثانية دون مسئولية عليه ، بل دون إخلال بحقه في الرجوع على المشتري بالتعويض (٦) . وجاز

(١) قرب في هذا المبنى السنهوري في الوسيط ج ١ ط ٢ بقية ٤٧٤ ص ٧٩٥ .
(٢) وبمفهوم المطابقة من نص المادة ٤٦١ لا يسرى حكمها إذا كان المبيع عقاراً ، ولا إذا كان منقولاً لم يبين لتسليمه ودفع ثمنه أجل ، أو عين أجل لدفع الثمن دون التسليم حيث يكون التسليم مستحقاً فوراً ، أو عين ميعاد للتسليم وآخر لدفع الثمن . وفي جميع هذه الحالات التي لا ينطبق عليها حكم المادة ٤٦١ مدني يجوز للتسخ القضاي أو الاتفاق طبقاً للقواعد المتقدمة (السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ٨١٩) . أما إذا عين أجل للتسليم ولم يذكر أجل لدفع الثمن ، فإن هذا لا يمنع من تطبيق الحكم المذكور نظراً لما تنص عليه المادة ٤٥٧ من اعتبار أجل التسليم في هذه الحالة أجلاً لدفع الثمن .

(٣) ولا يجوز مع وجود اتفاق على أجل لدفع الثمن الرجوع إلى العرف لنقص ميعاد دفع الثمن والطريقة التي يدفع بها أو لبيان ما إذا كانت بحق البائع التحلل من الصفقة إذا لم يوف المشتري بالثمن في الميعاد مادام أن القانون قد خول البائع هذا الحق صراحة (نقض مدني ١٣ يناير ١٩٤٤ فهرس خمسة وعشرين سنة لأحكام القضاي ص ٨٥٦ بقية ١٢٤٩) .

(٤) أنظر في ذلك السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ٨٣٨ حاشي ٣ ، أنور سلطان بقية ٢٩٩ ص ٣٤٩ ، منصور ص ٢٣٦ .

(٥) - الأسكندرية الانتقائية التجارية لأهلية ٢٦ مارس ١٩٤٠ المطبوعة ٢٠٠٠ - ١٤٠٧ - ٦١٦ .

(٦) السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ٨٣٤ حاشي ٣ والأحكام التي أجار إليها .

له اذا كانت له مصلحة في إبقاء البيع لأن يتسك به وأن يتخذ بالثمن على المشتري (٧). وحكمة هذا النص للتيسير على بائع المنقولات بأخفائه من وجوب اعذار المشتري والحصول على حكم بالنسخ لأن الغالب فيه أن يحترف البيع والشراء وأنه يبيع للمشتري فيزداد ربحه بتكرار عمليات البيع والشراء ، فلا ينبغي اخضاعه لضرورة الاعذار أو الزامه باستصدار حكم بالنسخ لأن ذلك يشل حركته .

أما اذا دفع المشتري الثمن في الأجل المتفق عليه ولم يسلم المبيع ، فلا يجوز للبائع اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وإنما يجب عليه أن يسلك في ذلك سبيل القواعد العامة فيمنع المشتري لتسلم للبيع ثم يرفع عليه دعوى الفسخ ويحصل على حكم بالنسخ .

وبلاحظ أن هذا الحكم يختلف عن حكم القانون المدني الفرنسي ، حيث تنص المادة ١٦٥٧ من ذلك القانون على أنه في بيع العروض وغيرها من المنقولات يكون البيع مفسوخا لمصلحة البائع دون حاجة الى اعذار بمجرد انقضاء الأجل المعين لتسلم المشتري المبيع ، أى أنها تجعل انفساخ البيع جزاء تخلف المشتري عن تسليم المبيع لا جزاء تخلفه عن دفع الثمن . وقد ذهب الفقه الى أنه يجوز اعتبار الانفساخ مترتبا أيضا على تأخر المشتري في دفع الثمن .

ومن قبل صدور التقنين المدني المصري الحالي كانت المادة ٤١٨/٣٣٥ مدني قديم تختلف عن حكم المادة ١٦٥٧ مدني فرنسي حيث كانت تنص على أنه : في بيع البضائع أو الأمتعة المنقولة اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخا حتما اذا لم يرفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمي ، . وبالرغم من وضوح النص المصري القديم في مخالفته للنص الفرنسي من حيث أنه يجعل الانفساخ جزاء التأخر عن دفع الثمن ، ذهب أكثر

(١) في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية ، في مجموعة الأعمال التشريعية ج ٤ ص ١٠٠ .

الشرح الى أن المشرع المصرى لم يقصد هذه المخالفة وفسروا النص المصرى بمعنى القانون الفرنسى أى بأن الانقضاء جزاء التأخر فى تسلم المبيع وأنه يجوز أيضاً اعتباره مترتباً على تأخر المشتري فى دفع الثمن^(١).

وقد أخذ واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى أول الأمر بهذا التفسير، ووضعوا فى المادة ٦١٢ من المشروع نصاً يقضى بانقضاء البيع دون حاجة الى اعداء، اذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن، . غير أنه لما عرض هذا النص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أعترض على الحكم الوارد فيه بأنه يرتب على انقضاء الأجل المحدد لتسلم المبيع وعدم تقدم المشتري لتسلمه فسخ البيع من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعداء مع أنه قد يحدث أن تحول دون تسليم المشتري المبيع ظروف لا بد له فيها، ورؤى الاكتفاء بترتب الفسخ على حالة عدم دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٥٦).

§ ٢ - انقضاء البيع بهلاك المبيع بسبب أجنبي

(أو نظرية الهلاك *risques*)

٢٦٠ - وضع السائر - يقصد بالهلاك *risques* فى الاصطلاح تلف مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث لحاقى .

فإذا هلك المال فى يد مالكة دون أن يكون محل التزام لأحد، كان هلاكه على مالكة *res perit domino* ، اذ ليس للمالك أن يلحق تبعه هذا الهلاك على أحد . ويعتبر كالهلاك حدوث قوة قاهرة تحول دون الانتفاع بشئ معين أو دون قيام الشخص بنشاط معين كان يعود عليه بالفائدة ، فيفقد الشخص

(١) الاسكندرية التجارية الإقتصادية الأهلية ١٦ مارس ١٩٤٥ الهامة ٢٠ -

هذه الفائدة أو منفعة ذلك الشيء ، ولا يكون له أن يرجع على أحد
بتمريض عن ذلك .

وإذا كان المال الذي هلك أو الانتفاع أو النشاط الذي صار مستحيلا
محل التزام تعهد به الشخص للغير ، فإن استحالة الوفاء بالالتزام متى كانت
راجعة الى سبب أجنبي يترتب عليها انقضاؤه وفقاً للمادة ٢٧٣ مدني .

فإذا كان هذا الالتزام ناشئاً من عقد ملزم لجانب واحد ، انتهى الأمر
بانقضاء هذا الالتزام ، وتحمل الدائن الخسارة الناشئة عن الهلاك ، فيقال
ان تبعة الهلاك على الدائن *res perit creditori* .

أما إذا كان الالتزام ناشئاً من عقد ملزم للجانبين ، وانقضى بسبب هلاك
محل أو استحالة الوفاء به ، تعين البت في مصير الالتزام المقابل له في ذمة
الطرف الآخر . فإن بقي هذا الالتزام قائماً في ذمة الدائن بالالتزام الأول ،
وقعت تبعة الهلاك على هذا الدائن ، لأنه سيلزم بتنفيذ التزامه دون أن يحصل
على شيء في مقابله . وإن انقضى التزام الدائن وقعت تبعة الهلاك على المدين
res perit debitori لأن المدين يكون قد فقد ماله الذي كان محل التزامه دون
أن يأخذ ما يقابله .

٢٦١ - تقرير انقضاء العقود الملزمة للجانبين - في القانون الفرنسي

وردت عدة نصوص تقرر انقضاء الالتزام بسبب الهلاك أو استحالة الوفاء
(انظر المواد ١١٤٧ ، ١١٤٨ ، ١٣٠٢ مدني فرنسي) ، ولكن لم يعرض أيها
لأثر انقضاء الالتزام الذي صار الوفاء به مستحيلاً في التزام العاقد الآخر .
لحاول الشراح والمحاكم أن يسدوا هذا النقص ولجأوا في ذلك الى المادة ١١٨٤
مدني فرنسي التي تقرر وجود شرط فاسخ ضمنى في جميع العقود الملزمة
للجانبين يسمح لكل من العاقلين بفسخ العقد إذا أدخل العاقد الآخر بالتزامه

على أن يقع هذا الفسخ من تلقاء نفسه بل بقضاء القاضي ، واستنبطوا من ذلك بطريق مفهوم المخالفة ومن التساند *interdependance* المقرر بين التزامات كل من الماعدين وللتزامات الماعد الآخر أن انقضاء التزام أحد الطرفين بسبب الهلاك أو بسبب استحالة الوفاء يستتبع فسخ العقد من تلقاء نفسه على أن يتم هذا الفسخ بقضاء القاضي^(١) ، لم يأت أن حكم القاضي في هذه الحالة يكون مقررًا للفسخ لا منسئلاً له كما في الفسخ المبني على لخلل أحد الماعدين بالتزاماته . ويرتّب على الفسخ أن تقع تبعه الهلاك على المدين .

أما المشرع المصري ، فقد تفادى قصر القانون الفرنسي ، وعنى بالنص على أثر الهلاك واستحالة الوفاء في فسخ العقد الملزم للجانبين ، فنص في المادة ٢٤٢/ ١٧٩ مدني قديم ثم في المادة ١٥٩ مدني جديد على أنه « في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضت التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومن المقرر أن انفساخ العقد في هذه الحالة لا يحتاج الى حكم قضائي متى كانت استحالة التنفيذ غير منازع فيها^(٢) .

ويرتب على انفساخ العقد بسبب الهلاك أو استحالة الوفاء أن تقع تبعه الهلاك على المدين .

فالقاعدة إذن في العقود الملزمة للجانبين ، سواء أكان ذلك في القانون الفرنسي أم في القانون المصري ، أن الهلاك على المدين .

ويلاحظ أنه يشترط في ذلك أن يكون المحل الذي هلك محل التزام أساسي يقابله التزام آخر مرتبط به في ذمة الطرف الآخر كالتزام البائع بنقل الملكية

(١) انظر في هذا ذلك بحثاً ثانياً في مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ٣٢٧ القسم الآخر من .

(٢) انظر تعليقات لجنة القانون المدني بجلس الشيوخ في مجموعة الأعمال التفسيرية

والالتزام المشتري يدفع الثمن. أما إذا كان الالتزام الذي صار الوفاء به مستحيلا
الزاما قانونيا وليس له مقابل تام في ذمة الطرف الآخر كالتزام الهاتع بتسليم
أصل سند الملكية المسجل قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ حيث كانت السندات التي
تسجل يعتق بنقل صورتها في السجل المعد لذلك وتزد أصولها إلى أصحابها ،
فلا تكون تبعه استحالته على المدين به بل على الدائن كما في الالتزامات
الناتجة من عقد ملزم بجانبا واحدا .

٢٦٢ - حكم المهوك في عقد البيع وسائر العقود النافذة للملكية -

(١) في القانون الفرنسي - تنص المادة ١٣٨ مدني فرنسي على أن الالتزام
بتسليم شيء يتم بمجرد اتفاق العاقدين، وأنه يجعل الدائن مالكا وينقل إليه تبعه
الهلاك من الوقت الذي يجب فيه تسليم الشيء ولو لم يتم التسليم فعلا ، ما لم يكن
المدين معذرا للتسليم فتبقى عليه تبعه الهلاك ، (انظر أيضا المواد ٥٨٣ ، ٥٨٥ ، ١٥٨٦ و ١٦٢٤ مدني فرنسي في باب البيع) .

ويلاحظ أن المقصود بعبارة الالتزام بالتسليم ، الواردة في صدر هذه المادة
التسليم الذي كان في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم لازما لنقل
الملكية ، لا التسليم الناقل للحيازة . أما لفظ التسليم في بقية النص ، فالمقصود به
التسليم الناقل للحيازة .

وقد فسر الشراح الفرنسيون هذا النص بأنه يقضى بأنه إذا هلك محل
الالتزام بنقل ملكية شيء فإن هلاكه لا يكون على المدين بل على الدائن من وقت
العقد، ولو حدث الهلاك قبل التسليم الفعلي أو حتى قبل أن يجعل أجل التسليم .
وترى الكثيرة في هذا الحكم خروجاً على القاعدة العامة التي تجعل الهلاك
على المدين ، ولكنها تنقسم في تكييف هذا الخروج ، فيرى فيه البعض أخذاً
بقاعدة الهلاك على الدائن كما في المقود الملزمة لجانب واحد ، ويرى فيه البعض
الآخر أخذاً بقاعدة الهلاك على المالك باعتبار أن العقد ناقل للملكية من
وقت انعقاده .

وذهب جوسبران الى أن حكم المادة ١١٣٨ ليس فيه خروج على القاعدة العامة ، ونرى رأيه على أنه ما دلم العقد ينقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدين ، فإن من يلتزم بنقل الملكية يبرأ من التزامه بمجرد انعقاد العقد فلا يبقى مدينا ولا تقع عليه تبعة الهلاك وفقا للقاعدة العامة . غير أن هذا الرأي مردود بأن الملتزم بنقل الملكية يبقى - بالرغم من انتقال الملكية من تلقاء نفسها بمجرد العقد - مدينا بتسليم الشيء الذى انتقلت ملكيته تسليما ناقلا للعبارة ، وأن تطبيق القاعدة العامة عليه كان يؤدى الى جعل الهلاك عليه .

والرأى عندى أن نص المادة ١١٣٨ قد حل أكثر مما يحتمل ، فليس صحيحاً أنه يقضى بنقل تبعة الهلاك الى الدائن من وقت العقد ولو كان محل الالتزام لم يسلم أو لم يحل أجل تسليمه ، بل أنه لا يجعل تبعة الهلاك على الدائن الا من الوقت الذى يجب فيه تسليم الشيء أو كما يقول النص *dès l'instant où la chose a dû être livrée* أى أنه اذا عين فى العقد أجل للتسليم ، فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد . أما تبعة الهلاك فلا تنتقل الا من وقت حلول أجل التسليم . فإذا حل هذا أجل انتقلت تبعة الهلاك الى المشتري ولو لم يتم التسليم فعلا ، مالم يكن البائع معذراً للتسليم فتقع عليه تبعة الهلاك^(١) . وسأبني أن فهم نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى على هذا الوجه من شأنه أن يقرب الشقة التى يراها أكثر شراح القانون المصرى كبرية بين حكم القانون الفرنسى وحكم القانون المصرى فى هذا الشأن .

٢٦٣ - (ب) فى القانون المصرى : (١) نصوص التفتين الملقى -

وردت فى التفتين الملقى عدة نصوص متعلقة بحكم هلاك المبيع يبدو أنها متعارضة متنافرة ، فحار الشراح فى التوفيق بينها وذهبوا فى ذلك مذاهب شتى .

(١) أنظروا هنا مبسوطاً فى بحث لنا فى نظرية الهلاك فى القانونين الفرنسى والمصرى ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٦ من ص ٣٢٢ الى ص ٣٥١ (بالغة الفرنسية) . وقد امتد رأينا هنا فيها يصلح بالقانون الفرنسى الأستاذ سيغان فى دروسه فى القانون المدنى القانون طلبه الدكتوراه بجامعة بلزيس سنة ١٩٥٦/١٩٥٧ ص ٥٤ وما بعدها .

وأهم هذه النصوص ما قضت به المادة ٢٩٧/٣٧١ من أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان دفع الأداة كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد .

وظاهر من هذا النص أنه يجعل الهلاك على البائع قبل التسليم ، أى أنه يطبق القاعدة العامة ، قاعدة الهلاك على المدين .

أما النصوص الأخرى ، فيبدو في ظاهرها أنها تأخذ بالحكم العكسي وأنها تجعل الهلاك على المشتري من وقت البيع أو على الأقل من وقت انتقال الملكية إلى المشتري أخذاً بقاعدة الهلاك على المالك . من ذلك نص المادة ٢٤١/٣٠٧ الذى جاء فيه أنه إذا كان البيع ليس جزافاً بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو المقاس فلا يعتبر البيع تاماً بمعنى أن المبيع يبقى فى ضمان البائع إلى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس . فهذا النص قد رتب انتقال ثبوت الهلاك في بيع المتليات على اجراء فرزها . ولأن الملكية فى مثل هذه الحالة لا تنتقل إلا من وقت الفرز ، ذهب أكثر الشراح إلى أن هذا النص يربط انتقال ثبوت الهلاك بانتقال الملكية أى أنه يأخذ بمبدأ الهلاك على المالك خلافاً للقاعدة العامة المقررة فى المادة ٢٩٧/٣٧١ (قاعدة الهلاك على المدين) .

وكذلك المادة ٢٤٠/٣٠٦ التى تنص على أنه إذا كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس ، فإن تقريرها من نص المادة ٢٤١/٣٠٧ مع القول بأنها تجعل انتقال الملكية وانتقال ثبوت الهلاك فى البيع الجزاف يتأخر من وقت انعقاد البيع ، فيكون الهلاك من وقت العقد على المشتري ، أى على الدائن الذى صار مالكا ، لا على المدين .

وقد نصت المادة ٢٦٦/٢٣٦ على أن ينشأ عن البيع ... على حسب الأحوال

أن يكون المبيع في ضمان المشتري ، ، أى أنها أقرت حمل تبعه الملاك على المشتري خلافاً للمادة ٣٧١/٢٩٧ التي جعلته على البائع . غير أنه يلاحظ أن عبارة « على حسب الأحوال » التي وردت في هذا النص تعمل معنى التحفظ أو الإحالة الى أحكام أخرى ، وقد اختلف الشراح أيضاً في تعيين المقصود بها .

ولا يسع المرء عند النظر الى هذه النصوص المختلفة بادىء الأمر الا التسليم بوجود التنافر بينها . ولقد أشرنا فيما تقدم الى « سيرة الشراح في التوفيق بينها والى اختلاف آرائهم في ذلك » (١) .

(١) وقد حاول هاتون أن يوفق بين المادتين ٣٣٦/٢٦٥ و ٣٧٢/٢٩٧ ولكنه اغفل المادتين ٢٤٠ - ٣٠٦/٢٤١ - ٣٠٧ (هاتون ج ٢ ص ٢٧) .
وذهب حتى زغلول باشا الى أن المصراع العبري أخذ بمبدأ الملاك على البائع كما يظهر من النصوص المنظمة هذا الباع ٣٧١/٢٩٧ ، وأن المقصود بهذه المادة الأخيرة أن يكون حكمها مقصوراً على التلقيات التي تباع بالوزن أو المدد أو الكيل أو القياس وهي ذات الحالة المنصوص عليها في المادة ٣٠٧/٢٤١ (حتى زغلول باشا ص ٢١٧) .
وكان من رأى عبد السلام دعي بك أن المصراع أخذ بمبدأ الملاك على البائع كقاعدة عامة في العقود الناقلة للملكية ثم خرج على تلك القاعدة فيما يتعلق ببيع القيسى ، ونسب بقاءه في المادة ٣٧١/٢٩٧ على أن يكون الملاك على المدين . (عبد السلام دعي بك في الالتزامات ص ٢٠٢ وما بعدها وص ٢٠٧ ، وقارن في هذا المعنى أيضاً دى هلنس في باب الملاك *Risques* من نبذة ١٠ الى نبذة ١٥) .

وبالمعنى من ذلك رأى حلمى عيسى انا ، فانه يعتبر أن المصراع أخذ بمبدأ الملاك على المدين كقاعدة عامة نص عليها في صيغة مطلقة في المادة ٣٧١/٢٩٧ ثم خرج على هذه القاعدة في الحالتين الآتيتين : (١) حالة ائذار المشتري سواء كان ذلك بالائذار أو بما يقوم مقامه ام كان بالاطلاق في عقد البيع على أن يكون المشتري مضمناً من وقت العقد ، (٢) حالة بيع التلقيات سواء تم البيع جزئاً او بالوزن او المدد أو الكيل أو القياس .

وكان من رأى حلمى عيسى باشا أن أول الحالتين اللتين خرج في شأنهما المصراع على قاعدة الملاك على المدين يمكن تبريرهما أن ائذار المشتري يجعله مقصراً ويلقى عليه تبعه الملاك جزاء هذا التخصيص . أما الحالة الأخرى فلا يرى لها مبرراً وينسب خروج المصراع على القاعدة الأصلية في شأنها الى السهو وعدم الالتفات ، اذ يستدل أن المصراع قد قصد أن يبدل في موضع القاعدة العامة عن القاعدة المنجبة في القانون الفرنسي فقرر في المادة ٣٧١/٢٩٧ قاعدة الملاك على المدين أخذاً عن القريعة الاسلامية ، ثم سها عن ذلك عند وضع حكم بيع التلقيات في المادتين ٣٠٦/٢٤٠ - ٣٠٧ فنادى دون أن يشعر الى الأجنذ بالحكم الذى اعطى أنه حكم القانون الفرنسي (حلمى عيسى باشا في شرح عقد البيع ص ٣٩٠ و ٣٩١) .

غير أنه بائعان النظرفى هذه النصوص المختلفة يتبين أن لا تمارس فيها، وأنها صدرت جميعاً عن أصل واحد وأنه لا استثناء فيها، ذلك أن المادة ٢٧١/٢٩٧ جملة القاعدة العامة أن الهلاك على المدين إلى حين التسليم ثم ينتقل إلى الدائن . ولكن التسليم المقصود فيها هو التسليم القانونى الذى عرفته المادة ٢٧١/٢٤٢ بأنه وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا من تسلمه دون عائق ولو لم يتسلمه بالفعل مع اعلام المشتري بذلك (راجع بنده ١٨٣) . وقد تقدم أنه يعتبر فى حكم التسليم القانونى اعدار المشتري لتسلم المبيع سواء كان الاعدار بالانذار أو بما يقوم مقامه أم كان بالاتفاق فى العقد على جعل المشتري معذراً بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم أو من وقت العقد اذا لم يكن التسليم مؤجلاً (راجع بنده ١٨٥) .

وبناء على ذلك وعلى نص المادة ٢٧١/٢٩٧ يتحمل البائع تبعة الهلاك إلى أن يضع المبيع تحت تصرف المشتري أو إلى الوقت الذى يصبح فيه المشتري معذراً لتسلم المبيع . أما بعد ذلك فيكون الهلاك على المشتري ولو لم يتسلم المبيع بالفعل . ويلاحظ أن المشتري يمكن أن يصير معذراً من وقت العقد اذا اتفق على ذلك ولم يكن التسليم مؤجلاً ، وأنه يجب أن تصرف إلى هذه الحالة عبارة المادة ٢٥٦/٢٣٦ التى تقول انه ينشأ عن البيع ... على حسب الأحوال أن يكون المبيع فى ضمان المشتري .

أما المادة ٢٤١/٣٠٧ فيلاحظ أنها اذ جعلت تبعة هلاك المبيع المثل لتنتقل إلى المشتري من وقت الوزن أو العد أو المقاس أو الكيل قد جمعت عند وقت فرز المبيع ثلاثة أمور هى انتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك وحصول التسليم القلوفى ، أما انتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك فأمرهما ظاهر . وأما التظيم القانونى ، فلأن المبروض فى هذه المادة أن التسليم غير مؤجل أى أنه مستحق ، فإن لم يكن من وقت العقد ، فإن وقت الفرز على الأقل ،

والغالب عملاً أن يقرن الفرز بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، فيعتبر ذلك تسليماً قانونياً . ومتى كان انتقال تبة الهلاك يصاحب كلا من انتقال الملكية ومن التسليم القانوني ، فلا داعي لربطه بالاول دون الثاني اذا كان في ذلك خروج عن القاعدة العامة ، مادام في الامكان ربطه بالثاني تطبيقاً لتلك القاعدة . واذاً يتعين اختيار حكم المادة ٣٠٧/٢٤١ تطبيقاً خفياً للقاعدة الواردة في المادة ٢٧١/٢٩٧ وقصره على حالة عدم تأجيل التسليم . أما اذا كان تسليم المشتري مؤجلاً الى مابعد الفرز بزمان ، بقي المبيع في ضمان البائع حتى التسليم ، تطبيقاً للقاعدة الأصلية ذاتها . وهو تطبيق لاخفاء فيه ولا يحتاج الى نص خاص كنص المادة ٣٠٧/٢٤١ .

وكذلك نص المادة ٣٠٦/٢٤٠ الذي يقرر نقل تبة الهلاك في البيع الجراف من وقت العقد ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس ، فانه يفترض عدم الاتفاق على تأجيل التسليم أى أن التسليم مستحق من وقت العقد ، وبناء على ذلك يعتبر البائع واضعاً المبيع تحت تصرف المشتري من وقت العقد لأنه وقت استحقاق التسليم مالم يكن البائع معزراً للتسليم . واذاً يكون نقل تبة هلاك المبيع جزءاً الى المشتري من وقت العقد نتيجة لحصول التسليم القانوني لا لانتقال الملكية ، بحيث اذا انتقلت الملكية وكان التسليم مؤجلاً بنص العقد أو كان البائع معزراً للتسليم فإن تبة الهلاك لا تنتقل الى المشتري تبعاً لانتقال الملكية بل تبقى على البائع الى حين التسليم .

ويخلص من ذلك أن التقنين المدني الملغى ، بالرغم من تعدد نصوصه المتعلقة بهلاك المبيع والاختلاف البادى بينها في ظاهرها ، وخلافاً لما رعى به من تناقض وتعارض ، كان قد وضع قاعدة عامة تجعل الهلاك على البائع الى حين التسليم القانوني (المادة ٢٧١/٢٩٧) ، وأنه لم يفعل في النصوص

الآخري سوى تطبيق هذه القاعدة على بعض الحالات التي رأى في تطبيقها عليها بعض الخفاء^(١).

٢٦٤ - (٢) في التقنين المدني المصري الحالي - أخذ واضعو التقنين المدني المصري الحالي بالتفسير الذي اتبعنا إليه فيما يتعلق بنصوص التقنين الملغى ورأوا أن يتجاوزوا تعدد النصوص والتطبيقات المختلفة التي أثارَت في ظل التقنين الملغى هذه الخلافات، فاقصروا على وضع حكم واحد يقرر قاعدة عامة لا استثناء منها، إذ نصوا في المادة ٤٣٧ على أنه «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع».

وظاهر أن هذا النص يجعل تبعة الهلاك في جميع الأحوال على البائع إلى حين التسليم باعتبار البائع مديناً في الالتزام الذي هلك محله، وذلك تطبيقاً للعادة ١٥٩ مدني. ويستوى في ذلك أن يكون المبيع قيمياً أو مثلياً، وأن يكون المثل مبيعاً جزافاً أو بالوزن أو العدد أو الكيل أو المقاس^(٢).

على أن المقصود بالتسليم هو التسليم القانوني الذي عرفته المادة ٤٣٥

(١) أظن رأينا هذا مبسوطاً في بحثنا العام إليه عن نظرية الهلاك في القانونين الفرنسي والمصري المبررين، مجلة القانون والاقتصاد ٦ سنة ١٩٣٦ من ص ٣٢٢ إلى ص ٣٥١ أنرجي، واطرن في هذا المعنى هرياً رأى الهالك وحلده زكي في البيع تهذه ٣٢٨ وما بعدها.

(٢) وليس الغرض من هذه القاعدة إلا إقالة المدين من التزامه الذي صار تنفيذه مستحيلاً في نظير اسقاط حقه المابل لالتزام الطرف الآخر. ولا يصح أن يؤدي ذلك إلى إلقاء المدين بسبب استحالة التزامه. وتطبيقاً لذلك حكم بأن اخفاء دين المدين استخالة الوفاء لا يصح أن يقرب عليه إلقاء المدين إذا كان الثمن المكون للاستحالة يتناول المدين الحق في تحويل من قيمة الدين. الذي هلك وكانت قيمة هذا التحويل تفوق الثمن الذي كان للمدين أن يعطاه من دائته. نحن هذه الحالة يجوز للمدين مطالبة المدين بالتفرق بين الثمن المطلق عليه وقيمة التحويل المذكور، كما في حالة استيلاء الحكومة على الدين المبيع في يد بائنه لقيام تعويض حتى [استئناف مخطط ١٨ أبريل ١٩٤٥ (٥٧ من ١٤٤٧)].

فقرة أولى وما في حكمه كالتسليم بمجرد تغيير سند الحيازة (المادة ٤٣٥)
فقرة ثانية) واعذار المشتري لتسلم المبيع (المادة ٤٣٧ في نهايتها ، راجع
ما تقدم في فقرة ١٨٥) .

فاذا لم يكن للتسليم أجل ووضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري من
وقت العقد أو اتفق في العقد على أن يبقى المبيع في حيازة البائع مع تغيير
سند حيازته أو على أن يعتبر المشتري معذراً لتسلم المبيع من وقت العقد ،
انتقلت تبعه الهلاك الى المشتري من وقت العقد .

وكذلك لو هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له (المادة ٤٦٠ مدني) ،
لأن ثبوت حق الحبس للبائع يفترض اخلال المشتري بالتزاماته ويجعله
مستولاً عن تأخر التسليم ، فننتقل الى هذا الأخير تبعه الهلاك كما لو كان قد
اعذر لتسلم المبيع ، الا اذا ثبت أن المبيع قد هلك بفعل البائع فيسأل هذا
عن فعله .

أما اذا كان للتسليم أجل أو اذا حل أجله ولم يقم به البائع ، بقي
الهلاك عليه .

٢٦٥ - التقارب بين القانون الفرنسي والقانون المصري - تقدم
أن الرأي الراجح في القانون الفرنسي يعتبر الهلاك في العقود الناقلة للملكية
على المالك ، أى على المشتري ، من وقت العقد ، في حين أن القاعدة في القانون
المصري أن الهلاك على المدين ، أى على البائع .

ولا شك في أن المقابلة بين القانونين على هذا الوجه تظهر بعد الفقرة
بينهما بل تجعلهما على طرفي نقيض .

غير أننا اذا أخذنا بالتفسير الذي انتهينا اليه في كل منهما قربت شقة
الخلافا بينهما حتى يكاد أن يتقابلتا .

ذلك أننا نرى أن الرأي الذي ينبغي أن يحل عليه في تفسير نص المادة ١١٣٨ مدني فرنسي هو أنها تجعل تبعه الهلاك على البائع (المشتري) من الوقت الذي يجب فيه تسليم الشيء محل التعاقد ولو لم يستول البائع على هذا الشيء فعلا مادام المدين غير معذور للتسليم ، وأن الرأي الصحيح في القانون المصري (القديم والجديد) هو أن الهلاك على البائع الى حين التسليم القانوني وهو الذي يعتبر تاماً بمجرد حلول أجل التسليم واعذار المشتري للتسليم .

فالقانونان في رأي متفقان في جعل تبعه الهلاك على البائع في الفترة ما بين العقد والأجل المعين للتسليم ان وجدت . فاذا لم توجد أو وجدت وحل الأجل ، فإن القانون الفرنسي يجعل الأصل انتقال تبعه الهلاك الى المشتري من الوقت الذي يجب فيه التسليم (سواء كان هو وقت العقد أو وقت حلول الأجل) ما لم يكن البائع معذراً للتسليم ، أي بشرط ألا يكون البائع قد امتنع عن التسليم . والقانون المصري ينقل تبعه الهلاك الى المشتري من الوقت الذي يجب فيه التسليم أيضاً بشرط حصول التسليم القانوني أو الحكمي أو اعذار المشتري لتسلم المبيع . ففي القانونين تقع تبعه الهلاك على البائع من وقت العقد الى الوقت الذي يجب فيه التسليم ثم تنتقل الى المشتري من هذا الوقت بشرط ثبوت وضع المبيع تحت تصرفه أو عدم امتناع البائع عن تسليمه إياه .

٢٦٦ - حكم المهلك الجزئي - في التقنين الملغى كانت المادة

٢٧٢/٢٩٨ تنص على أنه : اذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد لا تمتنع المشتري عن الشراء كان المشتري مخيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالتمتع المتفق عليه الا اذا سبق منه رهنه .

وكان يؤخذ على هذا النص (أولاً) أنه لم يتعرض الا لهلاك الجزئى
الجسيم ، أى الذى لو عليه المشتري وقت العقد لامتنع عن التعاقد ، وأنه
ترك حالة الهلاك الجزئى الذى لم يبلغ هذا الحد من الجسامة فلم يورد لها
حكماً ولم يجعل لها أثراً فى العقد ، أو بميلرة أخرى انه جعل تبعة الهلاك
الجزئى غير الجسيم على طاقى المشتري حيث لم يخول الاخير فى هذه الحالة
فسخ العقد ولا نقص الثمن ، وهذا يخالف الأصل الذى صدر عنه المشرع فى
تنظيم تبعة الهلاك . و (ثانياً) أنه فيما يتعلق بحالة الهلاك الجزئى الجسيم -
بالرغم من افصاحه عن رغبة المشرع فى جعل تبعة الهلاك قبل التسليم على
البائع وبعده على المشتري - قد أتى بحكم يتفق مع هذه الرغبة فى فرض
ويعارضها فى فرض آخر ، حيث قد رتب فى هذه الحالة خياراً للمشتري بين
الفسخ وبين الاحتفاظ بالباقي من المبيع بالثمن المتفق عليه . وإذا كان اختيار
المشتري الفسخ يلقي تبعة الهلاك فعلاً على البائع ، فإن اختياره ابقاء البيع
والاحتفاظ بالباقي من المبيع بالثمن المتفق عليه يؤدى الى اعفاء البائع من كل
تبعة الهلاك والبقاء على المشتري خلافاً لما تقضى به القاعدة الأصلية التى
صدر عنها المشرع فى هذا الحكم .

وقد تحاشى التقنين الحالين العيين الذين اشابا نص التقنين الملغى ، فنص
فى المادة ٤٣٨ منه على أنه : اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لثلف أصابه ،
جاز للمشتري اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ
قبل العقد لما تم البيع ، واما أن يبنى المبيع مع انقاص الثمن .

وظاهر من هذا النص أنه يجعل على المشتري تبعة الهلاك الجزئى
الطارىء بعد التسليم ، وعلى البائع تبعة الهلاك الجزئى الذى يقع قبل التسليم ،
وأنه أتى بحكم الهلاك الجزئى البسيط ، فرتب عليه حق المشتري فى نقص
الثمن ولم يرتب عليه فسخ العقد ، وأنه فى الهلاك الجزئى الجسيم قد خير
المشتري بين الفسخ وبين نقص الثمن .

ولا شك في أن هذه الأحكام جميعاً تتفق مع القاعدة الأصلية التي وردت في شأن الهلاك الكلي ومع سائر القواعد العامة التي تقدمت تطبيقاتها في ضمان الاستحقاق الجزئي وضمان العيوب الخفية .

المبحث الثاني

آثار انحلال عقد البيع

§ ١ - فيما بين البائع والمشتري

٢٦٧ - وجوب إعادة المانة الى مائتة عليه قبل العفر - نصت المادة ١٤٢ فقرة أولى مدني على أنه ، في حالة ابطال العقد وبطلانه بعباد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل ، . ونصت المادة ١٦٠ مدني على أنه ، اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ، وبناء على ذلك اذا انحل عقد البيع بتقرير بطلانه أو فسخه وجب على كل من البائع والمشتري أن يرد الى الطرف الآخر ما حصله بسبب العقد . وإذا كان انحلال العقد راجعاً الى تقصير أحد الطرفين التزم هذا الطرف ، فوق الرد ، بتعويض الطرف الآخر عن انحلال العقد .

٢٦٨ - ما يجب على المشتري - وتطبيقاً لذلك يلزم المشتري في حالة انحلال عقد البيع بما يأتي :

(١) أن يرد المبيع اذا كان قد تسلمه .

(٢) أن يرد ما حصله من ثمار المبيع سواء كانت تلك الثمار طبيعية أو صناعية أو مدنية ، لأن المبيع يعتبر كأنه لم يخرج من ملك البائع وكذلك ثماره التي حصلها المشتري - ولا يجوز لهذا أن يبني في حالة الفسخ تملكها

بقبضها بحسن نية لأنه إذا كان سبب الفسخ من جانبه اعتبر أنه كان عالماً بقابلية العقد للفسخ واتفق بذلك حسن نيته في قبض الثمار، ولأنه إذا وقع الفسخ بناء على طلبه اعتبر أنه بهذا الطلب قد قبل أن يبعد الحالة إلى ما كانت قبل العقد بما في ذلك رد الثمار التي حصلها بسبب العقد . أما في حالة البطلان فيجوز له ذلك .

(٣) أن يعرض البائع عما أحدثته بالمبيع من تلف . ولا يلزم بتعويض التلف الذي يحدث بمجرد مرور الزمن .

وإذا وقع الفسخ بناء على طلب البائع وبسبب تقصير المشتري وجب على هذا أن يدفع البائع فوق ما تقدم :

(٤) تعويضاً عما أصابه من ضرر وما فاته من ربح بسبب الفسخ .

(٥) مصروفات دعوى الفسخ .

٢٠٩ - ما يجب على البائع - ويلزم البائع بما يأتي :

(١) أن يرد ما قبضه من الثمن ، ويسقط عن المشتري ما لم يتم دفعه من الثمن .

(٢) أن يدفع للمشتري فوائد ما قبضه من الثمن من وقت قبضه لأنه لا يجوز أن يجمع بين ثمار المبيع وفوائد الثمن ما لم يكن هو حسن النية والمشتري سيئ النية والأزم الأخير برد الثمار قبل أن يطالب هو البائع بالفوائد^(١) .

(١) افترضنا البائع حسن النية فانه يحصل فوائد الثمن ببضها ولا يلزم بردها . وإذا كان المشتري سيئ النية ، فانه لا يحصل الثمار ويلزم بردها . فافترضنا البائع حسن النية فانه لا يلزم له بالزام المشتري سيئ النية برد الثمار ثم طلب البائع رد الثمار فانه لا يجب له أن يطلبها إذا كان طلبه مبنياً على رد غير المستحق لأن الرد حينئذ يفترض أن يرد دون مقابل ، ولأن المشتري يكون أنكره في هذه الحالة مقابل هذه فوائد الثمن التي تمليك بها البائع ، فلا يلزم برد الثمار . أما إذا طلب البائع رد الثمار الطليعية بدعوى استطلاع عينية بختيار الثمار خارج المبيع ومطالبة له بمبا لمصلحة المبيع فيحكم له بها .

(٣) أن يرد للمشتري المصروفات الضرورية التي أنفقها في المحافظة على المبيع ، وأن يرد اليه في مقابل المصروفات النافعة أى التي أنفقت في تحسينات أو إنشاءات أدخلت على المبيع ، أما قيمة هذه التحسينات أو الانشاءات ، وأما المصروفات الفعلية التي أدت الى هذه التحسينات والانشاءات (المادة ٩٢٤ فقرة أولى) .

وإذا وقع الفسخ بناء على طلب المشتري وبسبب تقصير البائع وجب على هذا أن يدفع للمشتري فوق ما تقدم :

(٤) المصروفات السكالية باعتبارها ضرراً غير متوقع وباعتبار البائع سبب التية .

(٥) جميع مصروفات العقد ومصروفات دعوى الفسخ وأية دعوى أخرى اضطر المشتري الى رفعها بسبب تقصير البائع .

(٦) تعويضاً عما فات المشتري من ربح وما لحقه من خسارة بسبب فسخ العقد وضياع الصفقة عليه .

٢٧٠ - وقوع المقاصة بين ربى البائع والمشتري - تقع المقاصة بين ما يجب على البائع وما يجب على المشتري من مبالغ نقدية في حدود الأقل من الدينين ويحكم بالفرق فقط على من يكون مدينا به . ولا تقع المقاصة بين هذه المبالغ وما يجب رده عيناً كالبيع وثماره الطبيعية الا اذا قوم نقداً .

وقائمة المقاصة أنها تضمن لسكل من الطرفين تحصيل حقه ، فلا يلزم أحدهما بدفع ما عليه ثم يضطر بعد ذلك الى مطالبة الطرف الآخر .

٢٤ - بالنسبة الى الغير

٢٧١ - القاعدة العامة - الأصل أن انحلال العقد سواء من طريق ابطاله أو من طريق فسخه يجعل المشتري كأن لم يكن المبيع في أى وقت مضى . وبناء على ذلك تعتبر التصرفات التى صدرت من المشتري فى المبيع تصرفات صادرة من غير مالك فلا يكون لها أى أثر فى حق البائع ، بل يعود المبيع الى البائع عالياً من أى حق قرره عليه المشتري لصالح أى شخص آخر . فإذا رهن المشتري المبيع أو رتب عليه حق انتفاع أو حق ارتفاق لآخر ، فإن حقوق الرهن والانتفاع والارتفاق لا تكون نافذة فى حق البائع اذا ما عادت ملكية المبيع اليه بسبب انحلال العقد . وإذا باع المشتري المبيع الى مشتري ثان فإن انحلال العقد الأول يجعل العقد الثانى صادراً من غير مالك وبالتالي غير نافذ فى حق البائع الأول ، فيجوز لهذا أن يسترد المبيع من المشتري الثانى .

غير أن استرداد المبيع من تحت يد المشتري الثانى يختلف عن استرداده من تحت يد المشتري الأول فى أن المشتري الثانى لا يلزم برد الثمار لأنه تملكها بقبضتها بحسن نية ، اذ هو لا يعتبر سبب النية الا من وقت علمه برفع دعوى الابطال أو الفسخ على المشتري الأول ، وفى أنه لا يلزم بدفع تعويض عما أحدثه بالمبيع من تلف الا فى حدود الفائدة التى عادت عليه من ذلك كما اذا هدم بناء وباع أنقاضه ، لأنه كان على حق فى اعتقاده أن المبيع ملكه ولا يسأل الشخص عن اتلافه ما يملك . فى حين أننا رأينا أنه اذا حصل الاسترداد من تحت يد المشتري الأول ألزم هذا برد الثمار وبدفع تعويض عما أتلف من المبيع .

على أن هذه القاعدة العامة التى تقضى بأن انحلال العقد يترتب عليه اعتبار المشتري كأن لم يكن مالكا فى أى وقت وعدم نفاذ تصرفاته فى حق البائع ووجوب عودة المبيع الى البائع خالصاً من كل حق رتبته عليه المشتري لصالح

الغير ، ترد عليها استثناءات لمصلحة الغير مبنية على ضرورة حماية الغير
حسن النية ، بعضها خاص بالأموال المنقولة ، والبعض الآخر خاص
بالأموال العقارية .

٢٧٢ - استثناء الخاص ببيع المنقول - إذا كان المشتري قد تصرف
في المبيع المنقول الى آخر قبل أن يتقرر انحلال عقده وتسلم المتصرف اليه
المبيع فعلا بحسن نية جاز للمتصرف اليه أن يتدرج في دفع دعوى الاسترداد
التي يرفعها عليه البائع الأصلي بعد انحلال عقد البيع الأول بقاعدة الحيابة
في المنقول سند الملكية المقررة في المادة ٩٧٩ فقرة أولى مدني التي تنص على
أن من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً
لحامله ، فانه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته ، فان هذه
القاعدة تحمي المتصرف اليه في المبيع متى حازه بحسن نية من سريان فسخ
عقد البيع الأول في حقه ، فلا يترتب على هذا الفسخ زوال حقه الذي
يعتمد فيه على حيابة المبيع المنقول بحسن نية .

٢٧٣ - (ب) استثناء الخاص بالعقارات - تقدم أن ملكية
العقارات المبيعة لا تنتقل لا فيما بين العاقدين ولا بالنسبة الى الغير - وفقاً
لقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وقانون الشهر العقاري الذي حل محله
ابتداء من أول يناير ١٩٤٧ - الا من وقت تسجيل عقد البيع . ولم يكتف
المشرع في تنظيم شهر الحقوق العينية العقارية بتسجيل العقد الناقل للملكية
بل أوجب أيضاً شهر عرض النعاوى التي يمكن أن تؤثر في سند الملكية الذي
تم تسجيله ، فنص في المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه يجب التأشير
في هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من النعاوى التي
يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجزئاً أو محمة
أو نفاذاً كنعاوى البطلان أو الفسخ أو الانفاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر
الأصلي لم يشهر وجب تسجيل تلك النعاوى . ثم رتب في المادة ١٧ منه

على تسجيل خلاصة المناقشة أو التأشير بها أن يحق للمدعى إذا تقروا بحكم مؤشربه طبق للقانون يكون حجة على من ترتب له حقوق هيبة ابتداء من تاريخ تسجيل المناقشة أو التأشير بها ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشترط اليهما ، أى أنه اشترط فى سريان فسخ البيع أو ابطاله فى حق الغير الذى تلقى من المشتري بحسن نية حقاً عينياً على العقار المبيع أن تكون دعوى الفسخ أو الابطال قدمت شهرها قبل أن يكسب الغير حقه ، أما إذا لم تشهر هذه المناقشة أصلاً أو شهرت بعد تلقى الغير حقه ، فإن الفسخ أو الابطال لا يؤثر فى حق الغير .

فإذا كان التصرف الذى صدر من المشتري فى العقار المبيع بيعاً ثانياً وكان المشتري الثانى حسن النية وقام بتسجيل عقده قبل شهر دعوى فسخ البيع الأول أو ابطاله ، فإن حكم الفسخ أو الابطال الذى يصدر لمصلحة البائع الأول لا يكون نافذاً فى حق المشتري الثانى ، فتبقى الملكية لهذا المشتري الأخير ، ويصح تنفيذ رد المبيع الى البائع المحكوم له بالفسخ أو الابطال تنفيذاً عينياً غير ممكن ، فيلزم المشتري الأول بالتنفيذ بمقابل ، أى بتعويض عن قيمة المبيع وعما يصيب البائع من أضرار أخرى بسبب عدم رد المبيع اليه عينياً .

وإذا كان التصرف الذى صدر من المشتري رهناً الى دائن حسن النية قام بشهر حقه قبل شهر دعوى الفسخ أو الابطال ، فإن حكم الفسخ أو الابطال لا ينفذ ازاء الدائن المرتهن ، أى أنه لا يؤثر فى حق الرهن ، فيترتب عليه عودة الملكية الى البائع محملة بحق الرهن الذى ثبت للدائن ، ويلزم المشتري فى هذه الحالة بتعويض البائع عن كل ما يصيبه بسبب هذا الرهن من أضرار .

وإذا انبنى طلب الفسخ على إخلال المشتري بالتزامه بدفع باقى الثمن ،

فإن حكم الفسخ ينفذ في حق الغير ليس من وقت شهر دعوى الفسخ لحسب ، بل من وقت تسجيل عقد البيع إذا كان مذكوراً فيه عدم دفع الثمن كله ، لأن ذكر ذلك في العقد المسجل يكفي لاحاطة الغير علماً باحتمال تأخر المشتري في دفع باقي الثمن واحتمال فسخ البيع تبعاً لذلك .

وفي بعض الأحوال التي كان فسخ البيع فيها يمكن أن ينفذ أثره في حق الغير ، كان التقنين الملقى بحسب هؤلاء الغير ضد فسخ سند ملكية سلفهم بأن يسلب هذا السلف حقه في فسخ البيع إذا كان القانون يبيع له سبيلاً آخر لصيانة حقوقه ، من ذلك ما نصت عليه المادة ٢٩٨ / ٣٧٢ ، والمادة ٣٨٥ / ٣١١ مدني قديم من أنه في حالة الاستحقاق الجزئي وفي حالة الهلاك الجزئي ، وهما حالتان ثبتت فيهما للمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين إبقائه مع نقص الثمن في الحالة الأولى ودون نقص شيء من الثمن في الحالة الثانية ، لا يجوز للمشتري أن يستعمل حقه في الفسخ اضراً بحق الدائنين المرتهنين حسي النية ، أي أنه إذا كان المشتري سبق له رهن المبيع ، لا يجوز له في حالتي الاستحقاق الجزئي أو الهلاك الجزئي أن يختار الفسخ ويتعين عليه الاحتفاظ بالباقي من المبيع مع نقص الثمن أو دون نقصه لأن في الفسخ اضراً بالدائنين المرتهنين وليس في إبقاء العقد كبير ضرر للمشتري .

غير أن هذين النصين كانا محل نقد ، وقد اقترح في لجنة الحاقية بمجلس النواب عند وضع القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ الذي أدخل في التقنين المدني النصوص المقررة لحماية الدائنين المرتهنين على غرار النصوص التي كانت موجودة لذلك في التقنين المختلط ، اقترح عندئذ أن يستبدل بهذا الحكم حكم آخر يترك للمشتري خيار الفسخ أو نقص الثمن ويكتفي في حماية الدائنين المرتهنين بالنص على جعل الفسخ عند وقوعه غير نافذ في حق الدائن المرتهن .

ولم يؤخذ بهذا الاقتراح في ذلك الوقت ، ولكن أخذ به في التقنين

للمدني الحالي ، حيث خلت المادتان ٤٤٤ و ٤٣٨ من النص على هذا التحد من حق المشتري في اختيار الفسخ ، اكتماء بالنص في المادة ١٠٣٤ مدني على أن يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لاي سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه العقد^(١).

(١) راجع في ذلك كتابنا في التأمينات البنية ط٧ سنة ١٩٥٩ بنية ٥٦ .

القسم الثاني

أحكام خاصة ببعض أنواع البيع

القسم الثانى

أحكام خاصة ببعض أنواع البيع

٢٧٤ - تمهيد - بعد دراسة أحكام البيع بوجه عام وعرض أركانه وآثاره ، ينبغي أن ندرس بعض أنواع البيع التى تنفرد بأحكام خاصة .

وقد جمع التقنين الحالى بعضاً من هذه الأنواع فى المواد ٤٦٥ وما بعدها ، وهى بيع الوفاء (المادة ٤٦٥) ، وبيع ملك الغير (المواد ٤٦٦ - ٤٦٨) ويلحق به بيع المال المملوك شيوعاً ، ثم بيع الحقوق المتنازع عليها (المواد ٤٦٩ - ٤٧٢) ويدخل فيه منع رجال القضاء والمحامين من شراء هذه الحقوق وقد تقدمت دراسته (نبذة ١١٠ وما بعدها) ، وبيع التركات (المواد ٤٧٥ - ٤٧٦) ، والبيع فى مرض الموت (المادتان ٤٧٧ - ٤٧٨) ، وبيع التائب لنفسه (المواد ٤٧٩ - ٤٨١) وقد تقدمت دراسته (نبذة ٦٢ وما بعدها ونبذة ١٤٦) .

وقد خصصنا هذا القسم لدراسة أنواع هذه البيوع التى لم نعرض لها فى القسم الأول ، وأفردنا فصلاً خاصاً لكل من : (١) بيع الوفاء ، (٢) وبيع ملك الغير وبيع المال المملوك على الشيوع ، (٣) وبيع الحقوق المتنازع عليها ، (٤) وبيع التركات ، (٥) والبيع فى مرض الموت .

الفصل الأول

بيع الوفاء

٢٧٥ - تعريف بيع الوفاء وتكييفه - بيع الوفاء هو بيع يحتفظ فيه البائع بحقه في أن يسترد المبيع خلال مدة معينة في مقابل رد الثمن ومصرفات العقد ومصرفات الاسترداد والمصرفات التي يكون المشتري قد أنفقها على المبيع .

والتكييف القانوني لهذا العقد أنه بيع مع خيار العدول في مدة معينة واعتبار العدول شرطاً فاسخاً . فإذا استعمل البائع حقه في العدول ، تحقق الشرط الفاسخ وترب على تحققه زوال كل أثر للعقد ووجوب رد المبيع إلى البائع والتمس إلى المشتري . وإذا لم يستعمل البائع حقه في استرداد المبيع خلال المدة المعينة ، تخلف الشرط الفاسخ وتأيد البيع نهائياً .

٢٧٦ - تاريخ بيع الوفاء في القانون المصري وتعريم التقنين الحالي
إياه - كان التقنين المدني الملغى ينظم أحكام هذا النوع من البيع في المواد ٣٣٨-٣٤٧/٣-٤٣٣ . وقد لوحظ عند وضع ذلك التقنين أن بيع الوفاء يصلح ستاراً لرهن يراد به أن يكون المرهون مملوكاً للرتن بمجرد عدم وفاء الراهن بالدين ، فيؤدى بذلك إلى التحايل على النص الذي حرم الاتفاق في عقد الرهن على أن يصبح المرهون مملوكاً للرتن بمجرد عدم وفاء الدين (المادة ٥٤٣/٦٦٥) . فنص في المادتين ٣٣٨ و ٣٣٩ على تقسيم بيع الوفاء إلى نوعين : نوع يكون الغرض منه الرهن الحيازي وآخر يكون الغرض منه حقيقة البيع الوفاقي ، وعلى إجراء حكم الرهن في النوع الأول وحكم بيع الوفاء في النوع الثاني . وقد حدا ذلك المراجعين إلى إظهار إخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء لأن

سلوك هذا السبيل يوفر عليهم الاجراءات التي لا بد منها في التنفيذ بالرهن ويخولهم ملكية المهرمون ويسمح لهم بتقاضي فوائد فاحشة، دون أن يرضهم لاية خسلة اذا ما انكشفت حقيقة البيع وظهر أنه يخفى رهناً ، اذ تبقى لهم في هذه الحالة مزايا الرهن^(١).

لذلك تدخل المشرع بالقانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣ ، فعدل المادة ٤٢٢/٣٣٩ بأن جعلها تنص على أنه : اذا كان الشرط الوفاقي مقصوداً به اخفاء رهن عقارى ، فان العقد يعتبر باطلاً لا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً . ويعتبر العقد مقصوداً به اخفاء رهن اذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو اذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأى صفة من الصفات. ويجوز بكافة الطرق اثبات عكس ما في العقد بدون التفات الى نصوصه^(٢) .

وقد أنشأ فيها المشرع بذلك قرينة قانونية على أن المقصود بالبيع الوفاقي اخفاء رهن حيازي في حالتين هما حالة بقاء الحيازة بأى وجه في يد البائع ، وحالة اشتراط المشتري رد الثمن مع الفوائد^(٣). وظاهر من نص هذه المادة المعدلة ، وبخاصة من نصها الفرنسى . ان هذه القرينة قرينة قانونية أى أنها ملزمة للقاضى وتعنى البائع وفاء من عبء اثبات أن المقصود ببيع الوفاء اخفاء رهن ، وأنها قرينة قانونية بسيطة يجوز اثبات عكسها

(١) أنظر في ذلك ما جاء في نفس مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢—

٨١٥— ١٣٨ وبخاصة أساليب التي أوردتها في هامش ص ٥٩٦ .

(٢) ويقول النص الفرنسى لفقرة الثانية من هذه المادة ما يأتى حرفياً .

Le contrat sera présumé dissimuler un gage s'il est stipulé que le prix sera remboursable avec intérêts ou si la chose reste dans la possession du vendeur à un titre quelconque. Toute preuve contraire sera admise sans qu'il soit tenu compte des termes de la convention .

(٣) أنظر في شأن هذه القرينة نفس مدنى ١٥ مارس ١٩٥٦ المجموعة ٣٧—٤٣٣—

٢٢٨ مجموعة أحكام النقض ٧—٣١٦—٤٧ .

بكافة الطرق (١).

وبهذا التعديل أصبح المرابون يحضون ، اذا سلكوا في رهن العقار رهناً حيازياً سبيل بيع الوفاء بدلا من سبيل الرهن السافر ، أن يفقدوا مزايا كل من الرهن وبيع الوفاء وأن لا يثبت لهم الا حق شخصي قبل مدينهم ، يحصلهم من الدائنين العاديين .

غير أن ذلك لم يثنهم عن المجازفة باخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء اعتمادا منهم على شدة احتياطهم في ستر الحقيقة واخفاؤها وفي تدوير وسائل اثبات عكس القرينة القانونية التي تضمنتها المادة ٣٣٩ معدلة. ولذلك رأى المحاكم التشديد عليهم في هذا الشأن بأن اعتبرت القرينة القانونية التي نصت عليها المادة ٣٣٩ المعدلة كما تقدم قرينة قانونية قاطعة لا يصح اثبات عكسها واستندت في ذلك الى نص المادة ١٣٥٢ من القانون المدني الفرنسي الذي لا يميز نقض القرينة القانونية اذا كان القانون يبطل على أساسها تصرفا معينا ، والى أنه ليس في القانون المدني القديم نص كنص المادة ٤٠٤ مدني جديد التي تجيز اثبات عكس القرينة القانونية ما لم يوجد نص يقضي

(١) واذا كانت عبارة النص العربية التي ورد فيها أنه « ويجوز بكافة الطرق اثبات عكس ما في السند بدون الخلف الى نصوصه » يمكن أن تحمل على أن المقصود بها اثبات عكس التصور عليه في السند من وصفه بأنه بيع وفاق ، فان عبارة النص الفرنسي *Toute preuve contraire (de la présomption établie par texte) sera admise sans qu'il soit tenu compte des termes de la convention .*

تطرح في الدلالة على أن المقصود بالنص اثبات عكس القرينة القانونية التي أنشأها على أساس وجود اشتراط رد الثمن مع التوائد أو على أساس ثبوت بقاء الدين الميسق في حيازة البائع . وقد أخذت محكمة استئناف مصر بذلك في حكمها الصادر في ٣١ مايو ١٩٥٢ في الاستئناف رقم ٦٤٠ سنة ٦٨ ق وفي حكمها الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ في الاستئناف رقم ٧٦ سنة ٧٢ ق . - غير أن محكمة النقض رفضت هذين الحكمين بحكميهما المذكورين في الهامش التالي .

بغير ذلك^(١).

(١) أخطر نفس ١٥ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النفس ٧-٢١٦- ٤٧ . وقد تمسك حكم استئناف مصر ٣١ مايو ١٩٥٢ المقار إليه آخا . وتحصل واقع الدعوى في هذا الحكم في أن الطاعين ألبا على المظنون عليها الدعوى طلبا فيها بطلان عقد البيع الوفاقي الصادر منها الى المظنون عليها الأولى وبطلان عقد البيع الرسمي الصادر من هذه الأخيرة الى المظنون عليه الثاني والمتضمن بيع المقار ذاته اليه وبطلان جميع الآثار المترتبة على البيعين ، وأساسا دعواهما بالبطلان على أنها احتفظا في عقد البيع بحق الاسترداد وأن المقار لا يزال في وضع يدهما ، وأن البطلان في عقد البيع الثاني مترتب على بطلان العقد الأول الذي لم يخرج من كونه عقد بيع وقائي بمعنى رعا بما يرتب عليه بطلان البيع كبيع أو رهن . ونقض المحكمة الابتدائية بأحكام الدعوى الى التحقيق حتى يثبت الطاعنان (وعا البائع في عقد البيع الوفاقي) أن العقد ان هو الا عقد رهن في صورة عقد بيع وقائي . ولد هذا الحكم التهديدي ثم فنضت المحكمة برفض الدعوى ، واستؤنف حكمها ، وقضى في الاستئناف برفضه وتأيد الحكم المستأنف .

وأمام محكمة النفس تم الطاعنان على حكم الاستئناف مخالفه القانون والخطأ في تطبيقه لأنه اذ قضى بأحكام الدعوى الى التحقيق لايات أن عقد البيع بمعنى رعا رغم تمسكها بمراتين فاطمة تبين أن عقد البيع الوفاقي يستر رعا ومن تلك المراتين استمرار وضع يدهما على العين محل النزاع ، الا أن محكمة الموضوع أخذتا بأن القرينة المستفادة من المادة ٣٣٩ مدني قد قدم على أساس بناء العين المبيعة في حيازة البائع ليست قرينة فاطمة وإنما تهل آيات المكس مع أن الرأي الصحيح أن تلك القرينة فاطمة .

وقلت محكمة النفس هذا الظن ونقضت الحكم المظنون فيه وقالت في ذلك : « ولما كان بين من حكم بحكمه أول درجة المؤيد لأسبابه بالحكم المظنون فيه أثبت المحكمة اعتبرت القرينة التي تضمنتها المادة ٣٣٩ مدني قديم وهي بناء العين المبيعة في حيازة البائع ليست فاطمة وإنما تهل آيات المكس بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة ، وكان الحكم قد قرر ذلك وأحال الدعوى الى التحقيق ليثبت الطاعنان بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة أن عقد البيع الصادر منها الى المدعى عليها الأولى هو في الواقع عقد رهن تحرر في صورة عقد بيع وقائي ، فانه يكون قد خالف القانون مخالفه مستوجب نقضه .

وبلاحظ على عبارات هذا الحكم أنها يوزعها شيء من الغمط ، فهي أولا تبرهن القرينة التي تضمنتها المادة ٣٣٩ مدني قديم بأنها بناء العين المبيعة في حيازة البائع في حين أن القرينة هي اعتبار أن العقد مقصود به إهداء رهن بناء على بناء العين في حيازة البائع ، وثانيا أنها توحى الى القارئ أن الخطأ قد وقع من الحكم المظنون فيه في اعتباره أن تلك القرينة ليست فاطمة وإنما تهل آيات المكس بكافة الطرق ، في حين أن هذا لا خطأ فيه بل هو مقرر بالنسب الصريح في نهاية المادة ٣٣٩ المقار إليها وخاصة في نصها الفرنسي ، وإنما الخطأ في اعتبار حكم النفس هذه القرينة فاطمة خلافا للنسب ، ولم يقع الحكم المظنون فيه في هذا الخطأ ولكنه أخطأ في تشكيل البائعين إبتداء أن حقيقة البيع رهن في حين أن المظنون قد أخطأ

من هذا الابات بحكم الحرية القانونية التي انشاها على أساس ثبوت بقاء الدين في يدنا ، وكان الواجب تكليف المقرئ وفاة ، أن ثبت عكس هذه الحرية أي أن البيع لم يفسد بانهاء رهن . ومن أجل هذا جاء حكم النفس في عقه ولو أن الأسباب التي افضت عليها يجوزها غير قليل من الدقة .

أظهر أيضا نفس مدق ٢١ ديسمبر ١٩٦١ مجموعة أحكام النفس ١٢ - ٨١٥ - ١٣٨ وقد نفس حكم استئناف مصر ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ الذي تقدمت الاشارة اليه .

وكان النفس في هذا الحكم الأخير مبنياً على أن المسكم يرضه بطلان البيع الوفاي قد خالف القانون فيها ذهب اليه من أن بقاء الدين في حيازة البائع وفاة لا يجبر حرية قانونية فاطمة على بطلان البيع بمقولة ان المصروع لم يجعل هذا الأمر منصفاً مباشرة على بطلان المقد وانما جعله منصفاً على قصد اخفاء الرهن وأنه لهذا يكون من قليل الفرائض غير الماطمة بالنسبة الى اخفاء الرهن .

وقيل بحكمة النفس هذا الطعن والتلق شأنه أن هذا النص صحيح ، ذلك أنه قل صدور القانون ١٩٢٣/٤٩ لم يكن البيع الوفاء الذي يعني رهننا باطلا بل كان كل ما جدد المقرئ بقدر بيع وفائي هو أن يجبر عقده في هذه الحالة بمثابة عقد رهن تتطبق عليه قواعد الرهن ، وبذلك ينتفع بكل ما للفائز المرتهن من حقوق . وقد شجع هذا الدثن على اساءة استعمال عقد البيع الوفاي وانما هذه وسيلة لستر الرهن بقصد الاحتيال على التخلص من القيود التي وضعتها القانون لحماية المدينين الراحيين ، وأهمها منع المرتهن في حالة عدم الوفاء من تملك الدين المروثة بنير الانصياع الى القضاء ، مما حدا بالمصروع على ماصرح في المذكرة الايضاحية للقانون المذكور لتدخل القضاء على هذه الحيل ووضع نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفاي الذي يتطوى على الرهن ، فاصدر هذا القانون (رقم ١٩٢٣/٤٩) معدلا للمادتين ٣٣٩ و ٣٣٨ مدق وأصبح نص المادة الأخيرة كالآتي : « اذا كان المصروع الوفاي مقصوداً به اخفاء رهن عقاري فان المقد يعتبر اطلا لا أثر له سواء بصفته يما أو رهننا . ويعتبر المقد مقصوداً به اخفاء رهن اذا اشترط فيه رد التمنع القوائد أو اذا ثبت الدين المية في حيازة البائع بأي صفتين الصفات . ومؤدى ذلك أن المصروع وقد كان مقصده القضاء على البيع الوفاي التي تخفى رهونا وسد السبل على ضروب التعالي القروج على تولى القانون قد أورد هاتين القريتين كقريتين قانونيتين فاطمين بحيث اذا توافرت احداهما كان ذلك فاطماً في الدلالة على أن المقصد من المقد هو اخفاء رهن وما لنا من انبالت العكس . ولة تحرير هاتين القريتين بالذات هو أن جاء الدين في حيازة البائع واشترط رد التمنع مع القوائد مما يقتضيه خصائص عقد البيع الوفاي الملبى . يؤيد هذا لتطرق الذي سبق لهذه المحسكة أن قرر في حكمها الصادر في الطعن رقم ٣٠٢ - سنة ٢٢ ق إجماع بالمصروع الى التاء البيع الوفاي نهائياً في القانون المدني الجديد اكتفاء بالمصوص العامة بالمرجح . ولم يكن القريتين الملبى المقدم ضمن هذا كمن المساعدة ٤٠٤ مدق .

مدق . جديد الذي يميز كمن الحرية القانونية بالجيل العكسي ما لم يوجد من يخفى بغير ذلك .

وفي أثناء تنقيح القانون المدنى غلبت أول الأمر فكرة الإبقاء على بيع الوفاء والاكتفاء بالضرب على أيدي المراءين من طريق إبطال عقودهم. وإذا ظهر أنها تخفى رهناً ، غير أنه بعد أن قطع المشروع مراحل الأولى ووصل الى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ غلبت فكرة محاربة البيع الوفاي ، بل القضاء عليه من طريق تحريره وتقرير بطلانه في جميع الأحوال أى سواء كان محله عقاراً أو منقولاً ، وسواء ثبت أنه يستر رهناً أو لم يثبت ذلك . وأدى ذلك الى النص في المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى الحالي على أنه « اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً » .

وقد جاء في تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ في هذا الشأن « أن اللجنة رأت بالاجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية في التعامل ، وإنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستاراً لرهن وينتهى الرهن الى تجريد البائع من ملكه بشمن مخس . والواقع أن من يعمد الى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج اليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة ، ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ، ولكنه قل أن يحسن التقدير . فاذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدير الثمن خلال هذا الاجل ضاع عليه المبيع دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غيباً ينفى أن يدرأه القانون عنه . ولذلك استقر الرأي على أن تحذف النصوص الخاصة

== وكان الرأي قبل صدور هذه المادة تنجها الى الأخذ بما هو مقرر في فرنسا ، نص صريح في المادة ١٢٥٧ مدنى فرنسا من عدم جواز اثبات ما يفتقر الى صفة القابلية اذا كان القانون يطل على أساسها تصرفاً معيناً . ولما كان بين من الحكم المطعون فيه أنه احترق فريضة بماه الدين المبيعة في حيازة الطاعن وهو البائع ليست تامة ودلائل على مكسها وانتهى رطام قيام هذه الفريضة الى اصدار القديما وقتاً صحيحاً ، فانه يكون قد خالف القانون بما يستوجب تنفيه في هذا الخصوص .

وفي هذا المبنى أيضاً عرض مدنى ٣ يناير ١٩٦٣ مجموعة أحكام التقنين ١٤ - ٧٥ - ٥٠ ، ٣ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام التقنين ١٥ - ٩١ - ١٦١ .

بيع الوفاء وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور. وبهذا لا يكون أمام المدين والمدين إلا الالتجاء الى الرهن الحيازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما دون أن يقسم المجال لعين قلا يؤمن جانبه .

وبناء على ذلك فانه طبقاً للتقنين الحالي متى ثبت أن البيع بيع وفائي ، أى أن البائع قد احتفظ فيه بحقه في أن يسترد المبيع خلال مدة معينة في مقابل رد الثمن والمصروفات بأنواعها المختلفة ، فانه يكون باطلا ولا يترتب عليه أى أثر ، ويتمين رد كل ماتم تنفيذه بموجبه فيعاد للمبيع الى البائع ويرد الثمن الى المشتري .

وقد جرى قضاء محكمة النقض بأنه لا يشترط لاعتبار البيع وفائياً أن يثبت شرط استرداد المبيع في عقد البيع ذاته بل يجوز وروده في ورقة مستقلة^(١).

٢٧٧ - استمرار العمل بأحكام التقنين الملغى على عقود بيع الوفاء

المقودة قبل العمل بالتقنين الحالي — على أن نص المادة ٤٦٥ مدنى الحالي القاضى بىطلان بيع الوفاء لا يسرى الا على العقود التى تبرم من وقت العمل بالتقنين الحالي ، أى من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ . أما العقود التى أبرمت قبل ذلك التاريخ فيستمر بالنسبة اليها العمل بأحكام التقنين الملغى ، أى أن هذه العقود تظل صحيحة ويجوز للبائعين بموجبها أن يستعملوا حقهم فى استرداد المبيع وفاء حتى بعد صدور التقنين الحالي على أن يكون ذلك فى المواعيد المنقضى عليها فى عقودهم وفى حدود المدة التى كان يسمح بالتقنين الملغى بالاتفاق على استعمال حق الاسترداد خلالها (وهى خمس سنوات وفقاً للتقنين الأهل) . ويترتب على استعمالهم هذا الحق أو على عدم استعمالهم اياه فى الميعاد المحدد لتلك الآثار التى نص عليها التقنين الملغى .

(١) نفس مدنى ٣ دهمبر ١٩٦٤ بموجبة أحكام نفس ١٥ — ١٠٩١ — ١٦١ ، وأيضاً نفس ٢٧ نوفمبر ١٩٥١ بالتصريح والفساء . مدنى ١٥٤ — ٨٥ ، انظر ماسيجي . فى نبذة ٢٧٨ .

وبناء على ذلك لم يعتنع استعمال بعض البائعين وظلوا يحقهم في استرداد المبيع
الا ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر ١٩٥٤ . ومتى استعملوا حقهم في ذلك قبل هذا
التاريخ خضعت آثار عقودهم المذكورة وآثار استعمالهم حق الاسترداد
لأحكام التقنين الملقى الخاصة بذلك وهي التي ستطبق في كل نزاع ينشأ
بشأن ذلك مهما انقضى من وقت على صدور التقنين الحالي .

ومن ثم يبين أنه بالرغم من نص التقنين الحالي على تحريم بيع الوفاء
وعلى تقرير بطلانه ، فإن أحكام التقنين الملقى الخاصة ببيع الوفاء سيستمر
العمل بها زمناً طويلاً فيما يتعلق بالعقود المبرمة قبل ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ،
بدل على ذلك ما أشرنا إليه فيما تقدم من أحكام حديثة جداً .

لذلك يتعين علينا دراسة أحكام بيع الوفاء وفقاً للتقنين الملقى بالرغم
من نص التقنين الحالي على بطلان هذا النوع من البيع .

٢٧٨ — أحكام بيع الوفاء في التقنين الملقى — كان تنظيم التقنين
الملقى لبيع الوفاء يقتناول بوجه خاص المسائل الآتية :

(١) الشرط الوقائي ، أو شرط استرداد المبيع ، (٢) مدة الحق في
الاسترداد . (٣) كيفية استعمال الحق في الاسترداد ، (٤) آثار بيع
الوفاء قبل انقضاء مدة الحق في الاسترداد وبعدها في حالة استعمال هذا
الحق وعدم استعماله .

٢٧٩ — (١) الشرط الوقائي — لا يعتبر البيع بيعاً وقائياً الا اذا
اقرن من وقت انعقاده بالشرط الوقائي ، أى بالاتفاق على أن يكون للبائع
حق استرداد المبيع في مقابل رد ثمنه في خلال مدة معينة . وذلك لأن بيع
الوفاء بيع مقترن بشرط فسخ ، ولأن البيع إذا لم يقترن ، عند انعقاده
بالشرط الوقائي فإنه يتعقد غير موصوف ولا يكون محملاً سبيل الى تحويله

الى عقد موصوف باحاطة الشرط الوفاؤى اليه بعد انعقاده^(١).

والمقصود بهذا الاقتران المعاصرة الذهنية في الاتفاق على البيع والشرط معاً ، ولو لم ثبت الشرط في المحرر المثبت لعقد البيع ذاته ، اذ يكفي اثباته في ورقة مستقلة^(٢) ولو كانت ذات تاريخ لاحق للورقة المثبتة للبيع طالما أنه يكون ثابتاً ان الاتفاق على البيع قد انعقد منذ البدء مقترنا بهذا الشرط^(٣).
فاذا لم تتوافر هذه المعاصرة الذهنية ، بأن أضيف الاتفاق على الشرط الوفاؤى الى العقد بعد انعقاده ، فإنه يعتبر بمثابة وعد بالبيع

(١) تارن عكس ذلك ضمن مدنى ٧٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ التفرع والقضاء • مدنى ١٥٤ — ٨٥ وقد جاء فيه أنه • ليس صحيحاً القول بأن شرط استرداد العين المبيعة يجب أن يثبت بقصد البيع نفسه والا اعتبر وعداً بالبيع ، فان المادة ٣٣٩ مدنى قد تم تمييز لبيان أن يثبت بكافة الطرق ومنها الجهة والفرائن أن العقد لم يكن يما ١٤ وانما هو على خلاف نصومه يستر وهنا حيازياً . ومن ثم فلا تريب على المحكمة اذ هي اعتبرت تلك القبايا من الورقة المشار اليها فيما سلف (هي ورقة ضد البيع البات منصوص فيها على شرط الاسترداد ووجدت مزقة ثم جمت قسماها ولمست بعضها الى بعض فاعتبرتها المحكمة مبدأ ثبوت بالكتابة فيها يتحقق بالشرط المذكور) مبدأ ثبوت بالكتابة واستخلصت من شهادة الشهود والفرائن ما يثبت أن العقد وان كتب في صورة عقد بيع بات هو في حقيقته يبنى وهنا • .

ولكن يلاحظ أن هذا الحكم قد خلط بين معاصرة شرط الاسترداد لعقد البيع أى معاصرة توافق الارادتين على الاسترداد وتوافقها على البيع وبين وجود الدليل على الاتفاقين مما في درجة واحدة أو في ورقتين منفصلتين . ونحن لا نستلزم احتمال المحرر المثبت للبيع على شرط الاسترداد وانما نستلزم أن يكون الاتفاق قد تم من أول الأمر على البيع والاسترداد ولو أثبت البيع في محرر وشرط الاسترداد في آخر منادى ثاباً أن الاتفاق قد تم على الأمرين معاً في وقت واحد .

ونعتقد أن حكم المحكمة كان ينبغي لو لم يكن شرط الاسترداد وارداً في ورقة ضد محررة في نفس تاريخ العقد بل مضاف الى نفس البيع في تاريخ لاحق على تاريخ العقد الأصل .

(٢) في هذا المعنى ضمن مدنى ٣ ديسمبر ١٩٦٤ بمجموعة أحكام التفتى ١٥ — ١٠٩١ — ١٦١ ، وأظن أيضاً ضمن مدنى ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ التفرع والقضاء • مدنى ١٥٤ — ٨٥ .

(٣) ضمن مدنى ٧٢ نوفمبر ١٩٥١ المعار الى آفا ، وأيضاً ضمن مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ بمجموعة أحكام التفتى ١ — ١٠٢ — ٣٠ ، وأيضاً ٨ يناير ١٩٥٣ بمجموعة أحكام التفتى ١٨٤ — ٣١ — ٤٥ ١٩٢ ديسمبر ١٩٥٤ بمجموعة أحكام التفتى ٦ — ٢٦٣ — ٣٤ ، استئناف مصر ٣ يناير ١٩٣٥ المجموعة ٣٦ رقم ١١٢ .

صادر من المشتري الأول الى البائع الأول ، أو بمثابة بيع صادر من ذلك المشتري الى ذلك البائع تحت شرط واقف . وقد غلبت المادة ٤٢٥ مدني مختلط هذا التكييف الأخير ، إذ افترضت انصراف نية الطرفين اليه ووثبت على ذلك أن استعمال البائع حقيقة في استرداد المبيع في هذه الحالة لا تستند آثاره الى وقت انعقاد البيع الأصلي ، ولا الى وقت استعمال الحق في الاسترداد ، بل الى وقت اضافة الشرط الوقائي الى ذلك العقد ، فقد نصت على أنه : اذا لم يشترط حق الاسترداد في نفس عقد البيع ، فن صار له ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالكا بالثاني الا من اليوم الذي حصل فيه شرط الاسترداد .

ولأن التقنين الأهلي لم يتضمن نصاً مماثلاً لنص المادة ٤٢٥ مختلط، ولأن هذا النص انبنى على قرينة قانونية هي قرينة انصراف نية الطرفين وقت اضافة الشرط الوقائي الى اعتبار ذلك الشرط بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف ، اعتبرت المحاكم الأهلية غير مقيدة به وترك لها أن تستنبط من الظروف حقيقة نية الماعدين في اعتبار الشرط الوقائي اللاحق للعقد الأصلي بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف فيستند أثر الاسترداد حيثئذ الى وقت الاتفاق على الشرط الوقائي ، أو بمثابة وعد يبيع ثان فلا يكون حيثئذ للاسترداد أثر الا من وقت حدوثه باعتبار طلب الاسترداد قبولا للشراء يترتب عليه تحويل الوعد بالبيع الى بيع .

ويلاحظ أنه متى كان البيع بيع وفاء ، فان استرداد البائع للمبيع اذا كان عقلاً لا يحتاج الى تسجيل عقد جديد بل يكفي فيه مجرد طلب البائع الاسترداد في الميعاد وثبت ذلك بورقة رسمية والتأشير به في هامش تسجيل عقد بيع الوفاء ، ولا تحصل رسوم نسيئة على هذا التأشير بل بالعكس من ذلك يجوز للبائع أن يسترد نصف الرسوم النسيئة التي دفعت عند تسجيل العقد . أما اذا اتفق على شرط الاسترداد بعد انعقاد البيع بالتأجيل بعد حد

الاسترداد من تسجيل جديد تحصل عليه رسوم نسبية كاملة وغير رسوم العقد الأول . ويستوى في ذلك أن يكون الاتفاق على شرط الاسترداد قد اعتبر وعداً بالبيع أو بيعاً مطلقاً على شرط واقف .

٢٨٠ — (٢) مدة الحق في الاسترداد — يتوقف مصير العقد على انقضاء مدة الحق في الاسترداد ، فإذا استعمل هذا الحق انقسخ العقد ، وإلا فإنه يتأيد نهائياً . لذلك رأى المشرع ضرورة وضع حد لهذه المدة حتى لا يطول تعليق مصير العقد كثيراً ، لأن في طول تعليقه اضراً بالمشترى وفاء وبخلفائه ، فنص في المادة ٣٤١ مدني أهلي على أن لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاداً يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع ، وكل ميعاد أزيد عن ذلك بصير تنزيهه إلى خمس سنين ، ونص في المادة ٤٢٦ مختلط على أن لا يزيد هذا الميعاد على سنتين اثنتين .

وتعتبر المدة التي نصت عليها هاتان المادتان حداً أقصى يجوز الاتفاق على أقل منه ، ولكن لا يجوز الاتفاق على مدة أطول . فإذا اتفق الطرفان على مدة أطول أو سكتا عن تعيين مدة الاسترداد أصلاً ، كان للبائع أن يستعمل هذه الرخصة في حدود المدة القصوى التي نص عليها القانون أي خمس سنوات في الأهلي وستين في المختلط .

ويبدأ سريان مدة الاسترداد من وقت عقد البيع^(١) ولو كان تسليم المبيع أو دفع الثمن مؤجلين ، وتحسب المدة بالتقويم الهجري بحسب المنتج في التقنين الملغى^(٢) ، وتعتبر مدة سقوط لامة تقادم . ولذلك تسرى هذه المدة ولو كان البائع ناقص الأهلية^(٣) . ولا يجوز مدتها بحكم المحكمة ، وقد نصت

(١) ولا يحسب يوم البيع ذاته ، فهذا سريان مدة الاسترداد من اليوم التالي للبيع .
و يجب أن يحصل الاسترداد قبل انتهاء اليوم الأخير من المدة .

(٢) الشهور في الوسيط ج ٤ بقية ٨٣ ص ١٥٧ .

(٣) الشهور في الوسيط ، أنظر سلطان بقية ٣١٩ .

المادة ٣٣٧/٣٣٦ حتى أن الميعاد المذكور عثم بحيث يترتب على تقاطعه سقوط حق الاسترداد ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق المذكور في أي حال من الأحوال ولو في حالة القوة القاهرة .

ويترتب على ذلك أنه بمجرد انقضاء هذه المدة ينقضى حق البائع في الاسترداد ، وبثبت تخلف الشرط الفاسخ ، فينأيد البيع نهائياً ويعتبر كأنه صدر باتاً من أول الأمر وبغيد من ذلك المشتري وخلفاؤه . وتقابل ذلك زوال ملكية البائع التي كانت معلقة على شرط واقف زوالا يستند الى تاريخ البيع ، فيعتبر البائع كأنه قد تمرد من ملكية المبيع تجرداً باتاً منذ البيع . وقد جرى البحث فيما يترتب على الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد قبل انقضائها . فإذا فرضنا أن المدة الأصلية سنة واحدة ثم اتفق العاقدان قبل انقضاء هذه السنة على مد المدة سنة أخرى ثم استعمل البائع حقه في الاسترداد قبل نهاية السنة الثانية ، فإذا يكون أثر ذلك على حق المشتري وعلى الحقوق التي رتبها هذا للغير في خلال السنة الأولى .

وقد قضت محكمة النقض في ذلك بصحة الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد وبامتداد حق البائع في استرداد المبيع ، إذ قررت في حكمها في ٤ نوفمبر ١٩٤٨ ، أن المادة ٣٤٢ . وأن منعت المحاكم من مد الأجل المحدد للاسترداد ، فإنها لم تحل دون اتفاق المشتري على التنازل عن حقه المقرر له بالمادة المذكورة كلياً بالتنازل عن صيرورة البيع باتاً نهائياً ، أو جزئياً بمد الأجل المحدد للاسترداد . والاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الأجل المحدد أولاً للاسترداد كما هو جائز بعد فواته دون أن يؤثر ذلك على طبيعة العقد وكونه قصد به أن يكون عقد بيع وفائي^(١) ،

غير أن هذا الحكم محل نظر^(٢) ، إذ يمكن القول من جهة أخرى أن طلب

(١) نفس مدني ٤ نوفمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥-٦٥٥-٣٣٣

(٢) أنظر في تأييدنا في نقد هذا الحكم ، السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ١٥٩

حامش ١ ، وهو يتوسط بين رأينا والرأي الذي ذهب اليه الحكم المشار اليه ، فيجيز الاتفاق =

(م ٣٣ - بيع)

البائع مد المدة يعتبر اقراراً من جانبه بعجزه عن استعمال حقه في الاسترداد في المدة المتفق عليها ، وأن هذا الاقرار يعدل النزول عن حق الاسترداد ويترتب عليه صيرورة البيع نهائياً وتأييد حق المشتري والحقوق التي رتبها الغير في الفترة ما بين ابرام العقد والقرار بالعجز عن الاسترداد ، وأنه متى صار العقد نهائياً فلا يجوز الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد ، لأن قبول المشتري اطالة هذه المدة ورضاه باقالة البائع من نتائج اقراره بالعجز عن الاسترداد خلال المدة الأصلية لا يمكن أن يحيل العقد الذي صار نهائياً الى عقد موصوف من جديد ، كما تقدم أن الاتفاق على الشرط الوفاي بعد ابرام العقد باتا لا يحصل من العقد بيع وفاء ، وغاية الأمر أن هذا الاتفاق يمكن اعتباره بمثابة بيع ثاني معلق على شرط واقف أو بمثابة وعد ببيع ثان صادر من المشتري الأول الى البائع الأول .

وقد غلبت المادة ٢٨٤ مغلط التكييف الأول على الثاني أى أنها غلبت اعتبار الاتفاق على المد بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف إذ نصت على أن " تطويل الميعاد المتفق عليه يقوم مقام بيع من المشتري البائع الأصلي معلق على شرط اذ يعتبر المشتري المذكور مالكا للمبيع ملكا تاماً من يوم البيع الأول الى يوم تطويل الميعاد ، . غير أن هذا النص شأنه شأن نص المادة ٢٨٥ مغلط من حيث اعتبار مبنياً على قرينة قانونية لا يجوز الأخذ بها دون نص . ولأنه لم يرد له مقابل في التقنين الأهلي ، اعتبرت المحاكم الأهلية أن لها سلطة مطلقة في استنباط نية العاقدین من الظروف وتكييف الاتفاق على اطالة مدة الاسترداد تبعاً لذلك بأنه ينطوي على بيع ثان معلق على شرط واقف أو بأنه وعد ببيع صادر من المشتري وفاء الى البائع وفاء .

== على المد اذا تم قبل انقضاء مدة الاسترداد المتفق عليها أصلاً ، ولا يجوز اذا تم بعد ذلك ، بمعنى أنه في الحالة الأولى يختبر وصف البيع الوفاي ممتداً لمدة الجديدة دون اخلال بحقوق الغير التي رتبها لهم المشتري في مدة الاسترداد الأصلية والتي احدثوا فيها على صيرورة حق المشتري حياً يات بعجزه انقضاء تلك المدة الأصلية ، وأنه في الحالة الثانية يختبر الاتفاق على اطالة المدة بمثابة بيع ثان من المشتري وفاء الى البائع معلق على شرط واقف أو بمثابة وعد ببيع ثان .

٢٨١ - (٢) استعمال المحو في الاسترداد: (١) يجوز له الاسترداد -
يكون الاسترداد حقا للبائع ، ويجوز له حوالته ، وينتقل منه الى ورثته ،
بل يجوز لدائنيه (١) أن يباشروه نيابة عنه من طريق الدعوى غير المباشرة .

فيجوز للبائع حوالة رخصة الاسترداد الى غيره ، ليتمكن بذلك من
الحصول على جزء من الفرق بين الثمن الذي باع به وقيمة المبيع وقت استعمال
رخصة الاسترداد ان وجدت زيادة في القيمة . ويرتب على الحوالة انتقال
جميع حقوق البائع الى المحال اليه .

واذا توفي البائع انتقل حقه في الاسترداد الى ورثته كل منهم بقدر
نصيبه في الارث دون اخلال بحق المشتري في عدم تجزئة الصفقة عليه .
ويجوز أن ينوب أيهم عنهم جميعاً في طلب الاسترداد (٢) .

واذا أراد دائنو البائع استعمال حقه في الاسترداد ، وجب أن يثبتوا
أن أمواله الأخرى لاتفي بديونهم ، وذهب بعض الشراح عندنا الى أن المشتري
يجوز له في هذه الحالة أن يدفع دعوى الدائنين بطلب تجريد البائع من أمواله
الأخرى أولاً حتى يثبتوا أن مصلحتهم لا تتحقق بغير استعمال حق مدينهم
في الاسترداد (٣) .

(١) تراجع قض ٢ ديسمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦-١-١٠ مجموعة أحكام التضي
١٩٩-٢٦ وقد جاء فيه أنه ناكلاً عن استرداد الدين المبيعة واثباتاً غلوا أصلاً للبائع
ولورثته ، فإنه يجوز استعماله لن يقوم مقام الورثة - وهو الفاتن لهم والمقرمون قبله بطلب
ملكية الدين محل الاسترداد اليه . واذا فني كالورثة البائع واثباتاً قد باعوا الدين الى شخص
ورفضوا الدعوى بطلب استرداد هذه الدين من المشتري واثباتاً تم تلزول بعض الورثة عن طلب
الاسترداد محتفظين بمخفهم في الثمن المودع ، فإن الحكم اذ قبل تسئل المقرري من الورثة
منضياً الى باقي المدعين في طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون .

(٢) المحلل وحامد زكي نبذة ٤٨٨ ، بلايول وريبير وحامل ج ١٥ نبذة ١٩٤ .

(٣) قض مدني ٢ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام التضي ١٩٩-٢٦ المحاماة

٣٦-١-١ وقد جاء فيه أنه اذا اتخذ أحد الورثة اجراء لصفحة التركة بحفظ بعض بلق ==

٢٨٢- (ب) من يطلب منه الاسترداد - ويستعمل الحق في استرداد المبيع عند المشتري شخصياً أو ضد ورثته أو خلفائه. وقد نصت المادة ٤٢٩/٣٤٣ على أنه يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد من انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد في العقد. ويرجع ذلك الى أن خلف المشتري لا يثبت له من الحقوق على المبيع أكثر مما كان للمشتري نفسه والى أن هؤلاء الخلف يفرض فيهم العلم بحق البائع في الاسترداد لأن في وسعهم العلم به من الاطلاع على سند ملكية المشتري .

غير أن هذا الاقتراض لا محل له إذا كان المبيع منقولاً ، إذ يجوز لخلف المشتري أن يتمسك بقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية وفرض فيه حسن نيته أى جبهه بشرط الاسترداد الى أن يثبت البائع الأصل علم هذا الخلف بالشرط المذكور ، فيصبح له الحق في أن يسترد المبيع من الخلف كما كان يجوز له أن يسترده من المشتري وفاء (١) .

وجوز للبائع استرداد المبيع من الخلف الأخير عند توالى انتقال الملكية مرات متعددة ، ويكون استعمال حق الاسترداد في هذه الحالة وفقاً لشروطه المقررة في العقد الأصلي الذي أنشأه ، سواء من حيث مدة الاسترداد أو من حيث الثمن الذي يجبرده في مقابل استرداد المبيع . فإذا كان الخلف قد اشترى بثمن أعلى من الثمن الذي باع به صاحب الحق في الاسترداد فإنه لا يكون له أن يطلب ذلك البائع الا بالثمن الذي قبضه هذا من المشتري الأول . وإذا

المرء فيها من القوط ، فهو يقوم في هذا الشأن مقامهم ويعتبر في اتحاد هذا الاجراء قائماً عنهم ، وأذن فمن كان الثابت من الحكم أن عرض أن المبيع وفائياً والمطعقات على المشتري وان كان موجهاً من أحد الورثة إلا أنه قد نص في محضر الايداع الذي تم قبل انقضاء المدة المحددة للاسترداد على أن المبلغ السابق عرضه هو من مال الورثة جميعاً وأن الوارث الذي قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم وكان المبلغ المودع يفي بما يجب أداءه من الثمن ورسم التسجيل . فان اجراءات استرداد العين المبيعة وفائياً ستكون قد تمت صحيحة من جميع الورثة ويكون الحكم إذ قضى بصحة هذه الاجراءات قد أقلم قضاء على أساس يكتفي الحل .

١- في هذا المعنى السهوي في الوسيط ج ٥ فقرة ٨٢ من ١٥٦ .

كان الخلف قد اشترى بمن أقل من اثنين الأول ويج الفرق بين اثنين^(١).

٢٨٣ - (م) هو المشتري في عدم تجزئة الصفقة عليه -

قررت المادة ٢٤٦/٢٣٢ حق المشتري في عدم تجزئة الصفقة عليه. وبناء على ذلك إذا أراد البائع استعمال حقه في الاسترداد وجب عليه أن يسترد المبيع كله ، سواء كان المبيع ملكاً كاملاً أو مشاعاً أو مقسوماً الى حصص ، وليس له أن يسترد جزءاً من المبيع وأن يترك للمشتري الجزء الآخر ما لم يقبل المشتري ذلك لأن عدم التجزئة مقرر لمصلحته اذ المفروض أن تجزئة الصفقة عليه تضر به . ويعتبر عدم اعتراض المشتري على طلب البائع استرداد جزء من المبيع قبولاً منه للتجزئة .

وينطبق ذلك في حالة تعدد البائعين بمقد واحد وبشمن واحد أو تعدد ورثة البائع الواحد . فاذا طلب أحد البائعين المتعدين أو أحد ورثة البائع أن يسترد من المبيع بقدر نصيبه ، جاز للمشتري مطالبة المسترد بادخال البائعين أو الورثة الآخرين في الدعوى لينفقوا فيما بينهم على استرداد المبيع كله ، فان اتفقوا جاز لهم أولاً بهم استرداد الكل ، والا رفض طلب الاسترداد الوارد على بعض المبيع . واذا لم يستعمل المشتري حقه في طلب اتفاق البائعين جميعاً على استرداد المبيع كله ، اعتبر موافقاً على تجزئة الصفقة .

أما اذا تعدد المشترون أو ورثة المشتري الواحد ، فليس لأحدهم أن يعترض على البائع اذا هو طلب استرداد حصة ذلك المشتري أو الوارث دون حصص الآخرين . لانه بالنسبة الى ذلك المشتري أو الوارث يكون الاسترداد وارداً على كل ما عهده ولا تكون ثمة تجزئة للصفقة فيما يتعلق به^(٢) ، غير أنه

(١) في هذا المعنى السهووي في الوسيط ج٤ نبة ٨٢ من ١٠٥٥ .

(٢) أنظر نفس مدني ٨ فبراير ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية - ٥٥٧ - ٢٠٤

إذا كان هذا المشتري أو الوارث قد اضطر - بعد شرائه حصة شائعة في مال معين وبعد رفع شركائه في هذا المال دعوى القسمة - إلى شراء بقية الحصص ، جاز له أن يتسلك بحقه في عدم تجزئة الصفقة عليه وأن يطالب البائع باسترداد المال كله أو تركه كله^(١) (المادة ٤٣٣/٣٤٧).

٢٨٤ - (د) كيفية استعمال الحق في الاسترداد - يكون استعمال البائع حقه في الاسترداد باعلان يوجه الى المشتري قبل انقضاء المدة المعنية لذلك يخطر فيه رغبته في استرداد المبيع ويعرض عليه به الثمن المتفق عليه وتنفقات البيع والاسترداد وما قد يكون مستحقاً للمشتري من مصروفات أخرى (المادة ٤٣٠/٣٤٤).

ولا يتعين أن يكون الثمن الذي يعرضه البائع هو الذي تم به البيع بل يجوز أن يكون الطرفان قد اتفقا على ثمن للاسترداد غير من البيع. والراجع أن هذا الاتفاق يقع صحيحاً ويعمل به ، والغالب عملاً أن يكون ثمن الاسترداد أزيد من ثمن البيع.

أما نفقات العقد فيلزم بها البائع لأنه يترتب على طلب الاسترداد فسخ البيع بأثر رجعي وإخراج المشتري من الصفقة دون أن يعود عليه أى تقع منها ، فلا عمل لأن يتحمل نفقات عقد زال كل أثر له بناء على طلب البائع . ويلزم هذا بنفقات استرداد المبيع أيضاً لأن الاسترداد مفروض فيه أنه لمصلحة .

أما المصروفات التي أتقنها المشتري على المبيع ، فيلزم البائع بأن يرد منها كل المصروفات الضرورية ولا يلزم برد شيء من المصروفات السكالية لأن المفروض فيها أنها لا تعود على المبيع بزيادة في القيمة ، ولا يلزم بمصروفات الصيانة

(١) أنظر السهوري في الوسيط ج ٤ ، مادة ٨٧ ص ١٥٧ .

لأن هذه المصروفات تعتبر من تكاليف الانتفاع بالمبيع أو تكاليف ما ينتج من ثماره، ولأن المشتري يحتفظ عند رد المبيع إلى البائع بما حصل من منفعة أو من ثماره، فمن العدل أن يتحمل تكاليفها بما في ذلك مصروفات الصيانة . أما المصروفات النافعة ، فيرد منها البائع إلى المشتري بقدر ما نشأ عنها من زيادة في قيمة المبيع . على أنه إذا أسرف المشتري في إنشاء التحسينات وأتفق بما يعتبر مصروفات نافعة مبالغ كبيرة تعتبر عبثاً ثقيلًا يهبط البائع إذا ما اختار استرداد المبيع ، فلا يلزم البائع برد هذه المصروفات ويكون له الحق في طلب رد المبيع بالحالة التي كان عليها قبل اتفاق هذه المصروفات في تحسينه .

وقد ثار الخلاف حول الواقعة التي تعتبر شرطاً مساعداً يترتب على تحققه في المدة المعينة وجوب رد المبيع إلى البائع ، أم مجرد اظهار البائع رغبته في الاسترداد ، أم قيامه برد الثمن وملحقاته فعلاً إلى المشتري أو على الأقل قيامه بعرض الثمن عرضاً حقيقياً ؟

والرأى الذي رجح في هذا الشأن أن المادة ٤٤/٣٠ لا تشترط في فسخ بيع الوفاء قيام البائع برد هذه المبالغ فعلاً ، ولا حتى قيامه بعرضها عرضاً حقيقياً ، بل تكفي منه بإعلان رغبته في الاسترداد إلى المشتري مع ابداء استداده لدفع المبالغ المذكورة . فإذا تم هذا الاعلان في المدة المعينة لاستعمال حق الاسترداد ، كان ذلك كافياً لفسخ البيع ولو لم يتم وفاء المبالغ المستحقة للمشتري إلا بعد انقضاء هذه المدة^(١) . ويجوز للمشتري في هذه الحالة أن

(١) ويعتبر القضاء الرئيسى الاسترداد الذي يتم بمجرد ابداء البائع وفاء استداده للمشتري أن يرد له الثمن والمصروفات استرداداً مطلقاً هو ذاته على شرط وفاق ، هو شرط رد البائع الثمن والمصروفات إلى المشتري فعلاً في وقت مقبول يمكن عند الاختلاف عليه أن تعدده المحكمة ، بحيث إذا لم يدفع البائع للمشتري هذه المبالغ في الوقت المذكور يفسخ ذلك تحفظاً للشرط الواقع ويصح الاسترداد كأن لم يكن ويصح الوفاء كأنه بيع بات منذ انقضاء . ويرى الأستاذ الشهورى الأخذ بهذا التفسير في القانون المصري (الشهورى في الوسيط ج٤ نبذة ٨٤ من ١٦٠ و ١٦١) ، وهنا يخفى مع ما أوردناه في المتن .

يتقاضى تأخير البائع في رد المبالغ المذكورة بعد أن يكون قد أعلن وغتبه في الاسترداد في المدة المعتبرة بأن يطلب إلى القاضى تعيين أجل للبائع يقوم فيه بالوفاء بحيث إذا انقضى هذا الأجل دون وفاء سقط حق البائع في استرداد المبيع وتأبنت ملكية المشتري للمبيع نهائياً .

٢٨٥ - (٤) أدر بيع الوفاء في أثناء مدة خيار الاسترداد .
ترتب على بيع الوفاء باعتباره بيعاً مقترناً بشرط فاسخ جميع آثار البيع البات من وقت انعقاده ، على أن تزول هذه الآثار كلها زوالاً رجعياً إذا تحقق الشرط الفاسخ أى إذا طلب البائع الاسترداد في المدة المعتبرة لذلك . فيصبح المشتري من وقت العقد أو من وقت تسجيله أن كان المبيع عقاراً مالكا للمبيع تحت شرط فاسخ ويكون له حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، بل يكون له أن يعدل في طريقة استعماله واستغلاله كما يشاء دون أن يجوز للبائع الاعتراض على ذلك إلا إذا استعمل حقه في استرداد المبيع . على أن تصرفات المشتري في المبيع يسرى عليها الشرط الفاسخ بقوة القانون ولو لم يذكر هذا الشرط في تلك التصرفات ، لأن المشتري لا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك ، وهو لا يملك المبيع إلا ملكية مقترنة بالشرط الفاسخ . وتستثنى من ذلك أعمال الإدارة التي يباشرها المشتري وفاء ، كإجارة

المبيع إلى الغير ، فتبقى هذه نافذة في حق البائع بعد أن يسترد الأخير المبيع فيلزم هذا بتنفيذ الإجارة إذا كانت ثابتة التاريخ قبل الاسترداد ووقعت دون غش ولم تتجاوز مدتها ثلاث سنوات (المادة ٤٣١/٢٤٥ مدنى قديم) . وكذلك الأمر فيما يتعلق بتطهير المشتري العقار المبيع من الرهن ، أو فيما يتعلق بطلبه الشفعة في عقار مجاور للعقار المبيع وفاء^(١) ، فتبقى هذه التصرفات نافذة بالرغم من استعمال البائع حقه في الاسترداد وزوال ملكية المشتري بأثر رجعى^(٢) .

(١) على حدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ بحسب أحكام الفصل ٢-١٥٥٤ .

(٢) السهوى في الوسيطه ٤ مجلد ٨٣ من ١٥٤ .

وبالعكس من ذلك يترتب على بيع الوفاء فيما يتعلق بالبائع زوال ملكيته للبيع من وقت العقد مع احتفاظه بحق استردادها في المدة المتفق عليها ، أى أنه يمكن اعتبار البائع مالكا المبيع تحت شرط واقف كما أن المشتري يملكه مقترنا بشرط فاسخ . والواقع أن ملكية البائع هذه تنحصر في حقه في استرداد المبيع ، وقد تقدم أن هذا الحق قابل للمحوالة أى أنه يمكن بيعه .

٢٨٦ - (ب) عند انقضاء مدة الخيار - متى انقضت مدة خيار الاسترداد ، فاما أن يكون البائع قد استعمل حقه قبل انقضاءها ، واما أن يكون قد ترك المدة تنقضى دون أن يعلن رغبته في الاسترداد .

ففي الحالة الثانية يعتبر الشرط متخلفا ، ويترتب على ذلك أن يتأبد البيع نهائيا وأن يصبح كأن لم يكن مقترنا بالشرط في أى وقت من الأوقات ، فيصبح المشتري مالكا المبيع ملكية بانه ، وثبت نهائيا الحقوق التي كان المشتري قد رتبها للمير على المبيع ، ويؤول كل أمل البائع في استرداد المبيع ويؤول تبعا لذلك ملكيته التي كانت ملققة على شرط واقف لتخلف هذا الشرط .

أما في الحالة الأولى ، أى اذا تحقق الشرط الفاسخ ، فان البيع يزول بأثر رجعي ويترتب على زواله وجوب إعادة العاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فيسترد البائع ملكية المبيع بأثر رجعي ، أى أنه يعتبر كأن الملكية لم تنتقل منه في أى وقت من الأوقات ، وبالتالي فانه يستردها غالية من كل الحقوق أو التكاليف التي رتبها عليها المشتري أو خلقاؤه^(١) (المادة ٤٥٥/٣ ، ٤٣١) ،

(١) ويكون للبائع في هذه الحالة دعوى عينية ، هي دعوى الاستحقاق * يستطيع أن يسترد المبيع بوجوبها في أى يد يكون . وقرن ذلك بكون له دعوى شخصية ليلزم الميرى وفاء ناشئة من هذا البيع الوفاائي * فالذا وجسد المبيع المخترد ألتبع في يد أى شخص بجزءه استردادها بالدعوى العينية . أما اذا لم يجد الى من يوجد المبيع له ، فمرد عليها استحقاقه =

ويستبر المشتري كان لم يكن مالكا للمبيع في أى وقت من الأوقات وثبت له الحق في استرداد الثمن وتصفات العقد والرد وما يستحقه من المصروفات التى أنفقها على المبيع^(١). ويجوز له حبس المبيع الى حين استيفائه جميع هذه المبالغ. وكل ذلك تطبيق للقواعد العامة .

غير أن القواعد العامة المقررة في شأن زوال العقد زوالا رجعيا يوجه عام يستبعد تطبيقها عند زوال بيع الوفاء بالنسبة الى ثلاث مسائل هي :

(١) استحقاق ثمار المبيع وفوائد الثمن ، (٢) التعويضات التى تستحق عن فسخ العقد ، (٣) تنفيذ الاجارات المعقودة بشأن المبيع .

فكما يتعلق بالثمار والفوائد ، لم تلزم المادة ٣٠٤/٣٠ البائع بأن يدفع للمشتري عند رد الثمن اليه فوائد عن هذا الثمن ، كما أن القانون لم يلزم المشتري بأن يرد مع المبيع ثماره ، فاستنبط الشراح من ذلك أن المشرع قد أجرى المقاصة بين ثمار المبيع وفوائد الثمن فأعفى البائع من دفع الفوائد للمشتري من رد الثمار ، وذلك خلافا للقواعد العامة .

وفما يتعلق بالتعويض عن فسخ البيع ، فإنه لا يكون مستحقا في حالة البيع الوفاي ، لأن الفسخ يكون في هذه الحالة منصوفا عليه في العقد ذاته ويقع بحكم العقد ، فلا يكون راجعا لخطأ أى من الطرفين حتى يلزم هذا الطرف

دعواه البينة ، ويقتضى له أن يطالب المشتري وفاء برد المبيع اليه بمقتضى دعواه الفسخية . وكذلك يحد البائع نفسه في حجة الى استعمال هذه الدعوى الفسخية قبل المشتري وفاء لازامه بالتعويض اذا كان هذا قد تصرف في المبيع الى مقتر ثلن تمسكه بمساعدة الخيالة في المقول سند الملكية ، تضمن على البائع أن يترد المبيع منه (في هذا المعنى الشهودى في الوسيط ج٤ نبذة ٢٢ ص ١٥٦) .

(١) راجع محق ٢ ديسمبر ١٩٥٤ الهامادة ٣٦-١-١٠ . ويستحق المشتري ما صرفه على المبيع من مصروفات ضرورية غير مصاريف الصيانة لأن هذه مع كل طائفة باعته متشبا فلا يكون له وجوع بها . ويستحق من المصروفات النفقة أهل التبعين ما أنفقته فعلا ما زاد في قيمة المبيع . أما المصروفات السكالية فلا يصح منها شيئا (أنظر الحكم المطاير اليه وفي هذا المعنى الشهودى في الوسيط ج٤ ص ١٦٢) .

جزاء خطئه بتعويض الطرف الآخر عما فاته من ربح وما لحقه من خسارة بسبب الفسخ .

وفيما يتعلق بالاجارات المعقودة بشأن المبيع قبل استكمال البائع حقه في الاسترداد ، فقد كان مقتضى القواعد العامة أن تعتبر هذه الاجارات غير نافذة في حق البائع الذي استرد ملكيته بأثر رجعي باعتبارها صادرة من غير مالك ، ولكن المشرع خرج على هذه القواعد ونص في المادة ٤٥٥/٢١ على الزام البائع بتنفيذ هذه الاجارات اذا كانت قد صدرت من المشتري دون غش وكانت ثابتة التاريخ ولا تتجاوز مدتها ثلاث سنين .

الفصل الثاني

بيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا

٢٨٧ - المصنفين يبيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا -
نص المشرع على بيع ملك الغير في باب البيع في المواد ٤٦٦ وما بعدها ،
ونظر فيه الى بيع المال المعين بالذات المملوك ملكية مفرزة ، ولم يعرض لبيع
المال المملوك شيوعا ، لأن الأول هو الغالب . أما الثاني فملكته ملكية
من نوع خاص نظمها المشرع في الكتاب الثالث الذي خصه للحقوق
العينية الأصاية وتناول فيه حكم الملكية الشائعة .

غير أن ثمة صلة وثيقة بين بيع ملك الغير وبيع المال المملوك شيوعا ،
لأن القسمة التي ترد على هذا المال الأخير تعتبر مقررة للحقوق ، بمعنى أن كل
شريك يعتبر بعد القسمة أنه قد ملك ما وقع في نصيبه ملكية مفرزة من يوم
نشوء حقه الشائع وأنه لم يملك قط شيئا مما وقع في نصيب غيره من الشركاء .
فإذا تصرف أحد الشركاء قبل القسمة في جزء مفرز من الأعيان الشائعة
ثم وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب غيره من الشركاء اعتبر تصرفه
أنه قد ورد على ملك الغير ، ولو أن المشرع قد خصه ببعض أحكام تميزه
عن بيع ملك الغير .

ولذلك آتينا أن نعرض لبيع المال المملوك شيوعا عقب دراسة بيع
ملك الغير .

المبحث الأول

بيع ملك الغير

٢٨٨- نذكره بما سبى - تقدم في نبذة ١٨ وفي نبذة ٨٧ وما بعدها أن طبيعة البيع باعتباره عقداً ناقلاً للملك بذاته تقتضى أن يكون المبيع مملوكاً للبائع حتى يمكن أن تنتقل ملكيته إلى المشتري بمجرد العقد ، وأن المشرع اشترط هذا الشرط وجعل جزاءه أنه يجوز للمشتري طلب ابطال البيع ، وأن هذا الشرط واجب توافره في جميع الأحوال التى تتجه فيها إرادة العاقدین إلى إبرام بيع ناقل للملك بذاته أى بمجرد الاتفاق ، وأن ذلك يشمل كل بيع بات أى غير مضاف إلى أجل أو معلق على شرط متى كان محله موجوداً ومعيناً بالاداة ما دام الطرفان لم يقصدا عدم انتقال الملكية إلى المشتري بمجرد العقد ، وأنه لا يشمل بيع المثليات ولا بيع الأموال المستقبلية ولا البيع المضاف إلى أجل أو المعلق على شرط ولا البيع الذى قصد به الماقدان أن يكون انتقال ملكية المبيع فيه إلى المشتري لا بمجرد العقد بل يعمل لاحق يقوم به البائع كأن يشتري المبيع من مالكه ثم ينقل ملكيته إلى المشتري^(١).

وبين من ذلك أن البيوع نوعان : (١) نوع يقصد به أن ينقل الملكية بذاته ، ويشترط فيه أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت العقد حتى يمكن أن تنتقل الملكية بمجرد اتفاق العاقدین ، (٢) ونوع لا يقصد به انتقال الملكية بمجرد الاتفاق ، وهذا لا يشترط فيه أن يكون البائع مالكا للمبيع

(١) راجع في ذلك الشهورى في الوسيط ج ٤ نبذة ١٥٤ ، منصور نبذة ١١٢

وقت العقد مادام في الامكان أن يكسب هذه الملكية فيما بعد وأن ينفذ التزامه بنقلها الى المشتري .

والنوع الثاني لا نزاع في أنه يقع صحيحا وينتج جميع آثاره ولو لم يكن البائع مالكا للمبيع . أما النوع الأول فلائنه لا يمكن في حالة عدم ملكية البائع أن ينتج أهم أثر من آثاره وهو انتقال الملكية بمجرد العقد ، فقد تار الخلاف حادا في شأن صحته أو عدمها ونصت القوانين على أنه يقع باطلا أو قابلا للإبطال ولكنها مع ذلك رتب عليه بعض الآثار .

وتظهر أهمية تعيين حكم القانون في شأن هذا النوع من البيع اذا لوحظ أنه كثير الوقوع في العمل ، فكثيراً ما يحدث أن يبيع الزوج مال زوجته أو الابن مال أبيه أو الأب مال ابنه لا بصفته ولها عليه بل بصفته الشخصية ، وكثيراً ما يبيع الوارث مال التركة المستغرقة بالدين أو يبيع أحد الورثة أو شريك على الشيوخ حصة مفرزة وقعت في نصيب وارث أو شريك آخر . ففي كل هذه الأحوال يكون البيع وارداً على ملك الغير . فإذا كان قد قصد به أن ينقل الملك بذاته الى المشتري ، كان ذلك متعذراً واقتضى الأمر تعيين أثره في صحة البيع أو عدمها وما يترتب على ذلك من نتائج .

٢٨٩ - انصرم الخامسة يبيع ملك الغير - في القانون الفرنسي نصت المادة ١٥٩٩ مدني على أن يبيع ملك الغير باطل وأن للمشتري في هذه الحالة الحق في التعويض متى كان يحتمل أن المبيع ليس بملوكا للبائع . فاقصرت هذه المساحة على تقرير البطلان وذكر حق المشتري في التعويض ، دون أن تبين ماهية البطلان أو ما يمكن أن يترتب على العقد من آثار . فاجتهدت المحاكم في سد هذا النقص ، وأوجدت حلولاً لكثير من المسائل التي تعرض في شأن بيع ملك الغير ، فقررت أن هذا البيع لا يكون نافذاً في حق المالك بمعنى أنه لا ينقل الملكية الى المشتري الا اذا اقره المالك وأن

المشتري يجوز له دون البائع أن يتمسك بالبطان، وأن حقه في ذلك ينتقض إذا أقر المالك العقد أو صار البائع مالكا .

وقد زاد المشرع المصري في التقنين الملغى خطوة عن المشرع الفرنسي؛ حيث نص صراحة على أن يبيع ملك الغير يصح إذا أجاز له المالك الحقيقي (المادة ٢٦٤/٣٣٣) ، فدل بذلك على أنه سار في الطريق الذي سبقته إليه المحاكم الفرنسية . وتابعت المحاكم المصرية السير في هذا الطريق ذاته وأخذت بالأحكام التي سبقتها المحاكم الفرنسية الى تقريرها .

وأخيراً قن المشرع المصري هذه الأحكام في التقنين المدنى الحالى فى المواد من ٤٦٦ الى ٤٦٨ ، فنص فى المادة ٤٦٦ على أنه :

١ - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، يهل العقد أو لم يسجل .

٢ - وفى كل حالة لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

ونصت المادة ٤٦٧ على أنه :

١ - إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشتري .

٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد .

وجاء فى المادة ٤٦٨ أنه : إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية .

٢٩٠ - أمطم بيع غنك غير - تلخص أحكام بيع ملك الغير بحسب نصوص التقنين الحال وأحكام المحاكم السابقة فيما يلي :

١ - أن هذا البيع ينتج جميع آثار العقد الصحيح ما عدا انتقال الملكية بمجرد اتفاق العاقدین .

٢ - أنه يجوز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ولو كان يعلم عدم ملكية البائع .

٣ - أنه لا يجوز للبائع ذلك ولو كان حسن النية .

٤ - أن هذا البيع لا ينفذ في حق المالك ولو أجازته المشتري .

٥ - أن آثاره تتم ويمتنع طلب إبطاله متى أقره المالك أو صار البائع مالكا أو كسب المشتري الملكية من طريق الحيازة .

٦ - أنه إذا لم تنتقل الملكية الى المشتري وحكم له بطلان البيع ، وجب تعويضه متى كان حسن النية ولو كان البائع حسن النية أيضاً .

وسنعرض فيما يلي لكل من هذه الأحكام بالتفصيل .

٢٩١ - (١) انتاج بيع ملك الغير آثار العقد الصحيح - تنص المادة

٤٦٦ مدني على أنه يجوز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويؤخذ من ذلك أن بيع ملك الغير لا يقع باطلا بقوة القانون وأنه ترتب عليه آثار ، والا لما كانت هناك حاجة بالمشتري الى طلب إبطاله . فالى أن يقرر بطلانه ينتج بيع ملك الغير جميع آثار البيع^(١) فيما عدا الآثار التي يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للبيع .

وبناء على ذلك يترتب على بيع ملك الغير التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري والتزامه بتسليم المبيع وبضمان الانتفاع به انتفاعا ماديا

• (١) (٢) مدني ١٤ مارس ١٩٦٣ بحوطة أحكام التقنين ١٤ - ٢٩٥ - ٤٥ .

كالمال والذوام المشتري يدفع الثمن وتنفذ العقد وبسلم المبيع . . فيجوز
للمشتري مطالبة البائع بنقل الملكية - إليه ، كما يجوز له مطالبة تسليمه المبيع ،
ويعتبر ذلك اجازة منه للبيع تمنعه من طلب ابطاله بذلك^(١) . وكذلك يجوز للبائع
مطالبة المشتري بدفع الثمن وبسلم المبيع ما دام لم يحكم بإعلان البيع^(٢) .

ويرتب على التزام بائع ملك الغير بالضمان أنه لا يجوز له أن يتعرض للمعتري
في انتفاعه بالعين المبيعة ، ولا أن يستردها منه بحجة التزامه بردها الى مالكها ،
أو بحجة استحقاقه اياها بعد البيع من طريق الارث أو الوصية أو غيرها لأن
من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض .

وقد تقدم أن البيع في القانون الحديث ، خلافا للقانون الروماني والقانون
الفرنسي القديم ، لا يقتصر أثره على انشاء الالتزامات في ذمة كل من الجانبين
بل أنه فوق ذلك ينقل الملكية من البائع الى المشتري فور ابرامه وبمجرد
اتفاق العاقدين . وظاهر أن انتقال الملكية بهذا الشكل من البائع الى المشتري
يقضي أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت التعاقد ، فإذا كان غير مالك استحال
انتقال الملكية منه الى المشتري فور العقد ، لأن فاقده الشيء لا يعطيه ، وكان
من المحتم أن يتخلف انتقال الملكية الى ما بعد العقد ، فلا يصير المشتري
بمجرد الاتفاق مالكا للمبيع^(٣) .

(١) منصور نبرة ١١٣ ص ٢٤٤ .

(٢) أنظر مع ذلك نفس مدني ٨ يونيو ١٩٤٤ فهرس . خمسة وعشرين سنة لأحكام
النفس ص ٧١٢ نبرة ٤٣ وقد جاء فيه أنه : اذا دفع بأن الشئ لا يملك لمن لا يملك بها
لأن العقد الذي يستند اليه في تسليمها لم يصنع من مالها بل من وكيل عنه كان قد عزله
بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المذهب ، ونقض المحكمة للتصريح بالصفة بناء على أنه
مالك فلا تترتب عليها في ذلك ، اذ حتى لو صح أن العقد كان صادراً من وكيل مزول فان
إبطاله لا يكون الا نسباً ، ولهذا فالبيع الذي يشوبه لا يمنع انتقال الملك حتى يقدم من شرع
إبطاله لمصلحته ويطلب إبطاله ، والمضبوط منه لا شأن له بهذا الإبطال .

وهذا الحكم محل نظر ، لأن بيع ملك الغير حتى مع التسليم بأن بطلانه لا يكون الا نسباً

(م . ٢٤ - بيع)

ويستوى في كل ذلك أن يكون المبيع منقولاً أو عقاراً ، وفي هذه الحالة الأخيرة أن يكون البيع قد سجل أو لم يسجل ^(١) .

٢٩٢ - (٢) من المشتري في طلب ابطال البيع - ولأن الملكية لا تنتقل في هذه الحالة الى المشتري بمجرد العقد خلافاً لقصد العاقدين ، ولأن في ذلك اضراراً بالمشتري ، أجاز المشرع للأخير أن يدفع عن نفسه الضرر بأن يطلب ابطال البيع ، فيتخلص بذلك من التزاماته ازاء البائع ويستطيع - اذا شاء الحصول على المبيع ذاته - أن يشتريه من مالكه .

وقد نص المشرع صراحة على أن المشتري حق الابطال ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل ، وذلك حسبما لحلاف ثار بعد صدور قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ حول جواز المطالبة بابطال بيع عقار الغير قبل تسجيله أو عدمه . وسنعرض لهذا الخلاف فيما بعد .

ويثبت حق المشتري في ابطال بيع ملك الغير بمجرد ثبوت عدم ملكية البائع للبيع ولو كان المشتري قد علم ذلك وقت البيع . ويستفاد هذا الحكم من نص المادة ٤٦٨ التي تقرر حق المشتري في التعويض اذا حكم له بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، اذ يفيد تقييد حق المشتري في طلب

== لا يمكن القول بأن الميب الذي يشوبه لايمنع انتقال الملكية حتى يطلب المشتري ابطاله ، اذ ان عيب هذا البيع أنه صادر من غير مالك ، وهذا العيب يستحيل معه انتقال الملكية من البائع غير المالك الى المشتري ، لأن قاعد القى لا يطبقه ، فيظل المالك الحقيقي محظواً بملكه ويكون مقتربه غير مالك اياه ليس ازاء المالك والبائع غيب ، بل ازاء السكافة ، ويجوز لسكن ذي مصلحة ، كالقصور منه ، أن يحسبه بملكه (انظر أيضا ما سيذكر في نبذة ٢٩٤) .

(١) السنهوري في الوسيط ج ٤ نبذة ١٥٩ ص ٢٨٥ و ٢٨٦ .

انظر عكس ذلك الخلاف ولحمد ذكر نبذة ١٧٠ و ١٧١ حيث يريان أن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل ، بل للابطال بعده ، وانظر أيضا بهجت بدوي في بحثه المشار اليه ص ٥٩٨ وما بعدها حيث يذهب الى أن بيع عقار الغير يقع في ظل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ (ومثله قانون الشهر الصادر في سنة ١٩٤٦) صحيحاً قبل تسجيله وبنقي صحيحاً بعد التسجيل .

تعميضي نحن بطلان البيع بأن يكون المشتري قد جمل وقت البيع عنصم ملكية البائع ، فيبد ذلك بطريق مفهوم المخالفة أنه يجوز الحكم بطلان بيع ملك الغير حتى في غير هذه الحالة الأخيرة . أى ولو كان المشتري عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع^(١) . ويثبت هذا الحق للمشتري ولو كان البائع لم يعلم وقت العقد أنه غير مالك ويستفاد ذلك أيضاً من نص المادة ٤٦٨ ذاتها حيث تقرر للمشتري الذى حكم له بابطال البيع حقاً في التعويض . ولو كان البائع حسن النية^(٢) .

وبلاحظ أن حق المشتري في طلب ابطال البيع لا يخل بحقه في المطالبة بتنفيذ الالتزامات التى تقدم بينها . ومنها الالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض . فإذا عجز البائع عن نقل الملكية الى المشتري ، كان للأخير - فوق حقه في ابطال العقد - بناء على المادة ٤٦٦ - حق فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة . وكذلك اذا حكم للمالك الحقيقى باستحقاق المبيع ، كان للمشتري - فوق حقه في ابطال البيع كما تقدم - حق الرجوع بالضمان على البائع وفقاً للمادة ٤٤٣ وحق التمسك لاخلال البائع بالتزام الضمان وفقاً للقواعد العامة . وله الخيار في استعمال أى حق من هذه الحقوق الثلاثة كما تقدم في تبذة ٢١٠ . ولكنه لا يجوز له أن يجمع بينها .

وبلاحظ أخيراً أن حق الابطال تقرر للمشتري ليدفع به عن نفسه الضرر الذى يلحقه من عدم انتقال الملكية اليه ، وأن الأمر مرجعه اليه في استعمال هذا الحق أو عدم استعماله^(٣) . فيجوز له أن ينزل عنه صراحة بأن

(١) و(٢) في هذا المعنى منصوص تبذة ١١٤ من ٢٤٧ .

(٣) نفس مدني ١٤ مارس ١٩٦٣ مجموعة أحكام القس ١٤ - ٢٩٨ - ١٥ . وقد جاء فيه « أن بطلان بيع ملك الغير مقرر لصيغة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب ابطال العقد . وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبق قائماً منتجاً لأثاره بحيث يكون للمشتري أن يطلب ابطال بتنفيذ التزاماته . وبهذا اجازة للعقد » .

يجوز العقد فيجعله غير قابل للإبطال. ويجوز أن يكون نزوله عنه ضمناً (١)، ويجوز أن يترك استعماله حتى يسقط بالتقادم كما تسقط بذلك سائر الحقوق . ولأن المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكماً للتقادم عاماً بهذا الحق، ففسرى عليه الأحكام العامة . غير أن المادة ١٤٠ التى حددت مدة تقادم دعاوى الإبطال بثلاث سنوات قد عرفت فى كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية ، ولم تعد مبدأ لمدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير ، فيتعين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد ، وبأن الحق فى رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضى ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بهذه المدة الأخيرة إلا فى الحالات التى حدد فيها مبدأ لهذه المدة تالياً لوقت إبرام العقد . أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد ، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة .

وسياتى أن حق المشتري فى إبطال العقد يسقط بغير الإجازة والتقادم ، أى باقارار المالك أو بكسب البائع الملكية أو بأن تخلص الملكية للمشتري من طريق الحيازة .

٢٩٣ - (٢) حرمانه البائع من حق إبطال البيع - نصت المادة ٤٦٦

فقرة أولى على أن للمشتري طلب إبطال البيع ، ولم تنص على أن للبائع هذا الحق . فلا يجوز إذن للبائع طلب الإبطال . فإذا طالب المشتري

(١) قضى مدنى ٣٠ أبريل ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١-٤٣٣-١١١ وقد جاء فيه أن توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله إلا بأنه إقرار لهذا البيع ، وخصوصاً إذا كان قد ورد فى هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته ، وكان هو لم يعارض فى دعوى صحة النافذ التى أطلبها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة النافذ وقضت بهذا الحكم وسلم المشتري المبيع . واذاً فمن الخطأ ألا يجير الحكم مثل هذا التوقيع الإقرار ببيع بمقتضى أن الإجازة الصادرة من المالك المحقق فى حدود المادة ٢٦٤ مدنى (قديم) والى مقتضاها يصح العقد يجب أن تصدر من المالك فى صيغة إجازة صريحة .

البائع بنقل الملكية اليه أو بالتسليم ، لم يجوز للبائع أن يدفع هذه المطالبة بطلان البيع . ويعمل ذلك عادة بأن البائع هو الذي يجب أن يعرف ما اذا كان يملك المبيع أو لا يملكه . فاذا كان عالماً بعدم ملكيته ، فهو مخطئ . في التزامه ببيع ما لا يملك . واذا كان لا يعلم بعدم ملكيته ، فهو أيضاً مخطئ . لأنه كان يجب أن يعلم ، ولا يجوز له في كلتا الحالتين أن يتخلص من التزامه بالاستناد الى خطئه . ونضيف الى ذلك أن المشتري انما خول الحق في طلب ابطال العقد لأن العقد في هذه الحالة عاجز عن أن ينقل اليه الملكية التي يذل من أجلها الثمن . أما البائع فان العقد يخوله كافة الحقوق التي تنشأ من العقد الصحيح الصادر من مالك ومنها حقه في اقتضاء الثمن ، فهو لا يتضرر من شيء وبالتالي لا عمل لحمايته من طريق منحه الحق في ابطال البيع^(١) .

ولا يترتب على حسن نية البائع الا اعضاء الأخير من المسؤولية عن الأضرار غير المتوقعة التي تصيب المشتري حسن النية بسبب بطلان البيع كما سيبيح . فيما يلي :

٢٤٩ - (٤) حرّم نفاذ بيع ملك الغير في حق المالك الحقيقي - تنص المادة ٤٦٦ فقرة ثانية على أنه « في كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد ، . وتعليل ذلك أن المالك أجنبي عن العقد ، فلا يضار به ، ولا تنتقل الملكية منه الى المشتري بدون رضاه . وقد تقدم أن المشتري يملك اجازة العقد والزول عن حقه في ابطاله . ولكن هذه الاجازة - ولو أنها تجعل العقد غير قابل للإبطال بناتاً - لا يمكن أن تؤثر في حق المالك ، ويبقى العقد مع اجازته عاجزاً عن أن ينقل الملكية الى المشتري ، أي أنه يبقى غير نافذ في حق المالك^(٢) .

(١) قانون مكرر ذلك الملأ وحمل ذكر نبذة ١٨٠ م ١٧٥ ، أنور سلطان نبذة ٤٠٦ م ٤٠٨ ، منصور نبذة ١١٤ م ٢٤٨ ، حيث يتصرفون بالبائع الذي كان يعتقد خطأ أن المبيع ملكه له بحق ابطال البيع اذا كان المشتري واثماً في الخطأ فاته أو عالماً أن البائع والبيع فيه أو كان في استطاعته أن يعلم ذلك .

(٢) في هذا المصنوع نبذة ٦١٣ م ٢٤٤ .

غير أن ذلك ليس معناه أن العقد لا يمكن أن يضر المالك بأى حال ، لأنه إذا كان غير نافذ في حق المالك وعاجزاً عن نقل الملكية منه الى المشتري باعتباره عقداً صحيحاً منتجاً جميع آثاره ، فإنه يعتبر مع ذلك « شيئاً صحيحاً ، *juste titre* » يفيد في الاستناد اليه لكسب الملكية من طريق الحيازة . فإذا كان المبيع متقولاً وتسلمه المشتري بحسن نية بناء على هذا العقد الصادر من غير المالك ، جاز للمشتري أن يكسب ملكيته من طريق الحيازة وفقاً لقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » (المادة ٩٧٦) ، وإذا كان المبيع عقاراً وتسلمه المشتري بحسن نية ، جاز له أن يكسب ملكيته بمضى خمس سنوات أى من طريق التقادم قصير المدة (المادة ٩٦٩) . وفي كلتا الحالتين يفقد المالك حقه ويكون العقد الذى صدر من غير المالك أحد العوامل الفعالة في ذلك . فيجدر بنا التمسك والالتفات الى هذا الضرر عند القول بأن بيع ملك الغير لا يضر المالك . وإذا تحقق هذا الضرر ، كان للمالك حق مطالبة البائع بتعويضه .

٢٩٥ - (٥) زوال قابلية العقد للإبطال باقرار المالك أو بأى طريق آخر يخفف من انتقال الملكية الى المشتري - تقدم أن قابلية العقد للإبطال تزول بإجازة المشتري اياه ، فيعتبر العقد صحيحاً بصفة نهائية ولكنه يظل مع ذلك عاجزاً عن أن ينقل الملكية الى المشتري . ولأن السبب الذى من أجله تقرر حق المشتري في إبطال العقد هو منع الضرر الذى يلحقه بسبب عدم انتقال الملكية اليه ، تعين سقوط هذا الحق بمجرد امتناع الضرر المذكور ويكون ذلك في الاحوال الآتية :

٢٩٦ - (١) اقرار المالك المقتضى إذا أقر المالك العقد الصادر من البائع الى المشتري ، كأن اقراره اياه قبولاً منه بالارتباط شخصياً بالتزامات البائع وترتب عليه انتقال الملكية منه الى المشتري ، وبذلك يرتفع عن المشتري

الضرر الذي من أجله تقرر له حق الإبطال ، فينتفى هذا الحق تبعاً لزوال سببه . وقد نصت المادة ٤٦٧ فقرة أولى على ذلك صراحة حيث قالت أنه وإذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري . وبلا حظ في شأن ذلك :

أولاً - أنه يشترط في سقوط حق المشتري في إبطال العقد صدور الإقرار من المالك قبل رفع دعوى الإبطال . أما إذا صدر الإقرار بعد ذلك ولو قبل الحكم في الدعوى فإنه لا يسقط حق المشتري في البطلان ، وذلك لأن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى فيمكن أن يكون الحق قائماً في ذلك الوقت ولا تتأثر الدعوى بما يحدث بعده (١) .

ثانياً - أن إقرار المالك يجعل العقد نافذاً في حقه من تاريخه لا من تاريخ العقد ، فننتقل للملكية إلى المشتري من تاريخ الإقرار أو من تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقاراً ، ويترتب على ذلك أن صدور الإقرار من المالك ونفاذ العقد في حقه وانتقال الملكية بناء عليه لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير من المالك قبل ذلك .

فإذا كان المالك قد رهن العقار المبيع أو رتب عليه حق ارتفاق قبل أن يفر البيع الصادر من الغير ، وكان المرتهن أو صاحب حق ارتفاق قد شهر حقه قبل تسجيل إقرار المالك ، فإن الملكية تنتقل بهذا التسجيل إلى المشتري بحقه الرهن أو الارتفاق .

ثالثاً - أن إقرار المالك يعد اعتماداً لما قام به البائع ، فيترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الإقرار منه بكل ما التزم به البائع أي أنه يلتزم ابتداء من هذا التاريخ بكل ما التزم به البائع وتقوم بينة وبين المشتري

(١) في هذا المعنى المحلل وحيد زكي نبذة ١٨١ ص ١٧٢ ، أنور سلطان نبذة ٤٠٨ ،

كامل منسى نبذة ٧٣٤ ص ٤٤٦ . . .

علاقة مباشرة . فيجوز للمالك أن يطالب المشتري بالتعويض وأن يعرض عليه تسلم المبيع ، ويجوز للمشتري أن يطالب المالك بالتسليم وأن يرجع عليه ضمان التعرض أو ضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء . ويتربط على إقرار المالك البيع وعلى تنفيذ الالتزامات الناشئة منه أن تبرأ أيضاً ففة البائع من هذه الالتزامات ، غير أنه إذا كان البائع قد حصل شيئاً من الثمن ، وجب عليه أن يؤدي عنه إلى المالك حساباً وأن يدفع إليه رصيد هذا الحساب كالموكل كان وكليلاً عنه في عقد البيع . وإذا أدخل المالك يعض التزاماته الناشئة من العقد ، كان البائع مسؤولاً معه عن ذلك لأن ذمته لا تبرأ من هذه الالتزامات إلا بالوفاء بها من جانبه أو من جانب المالك الذي أقر العقد .

٢٩٧ - (ب) كسب البائع للملكية - وقد نصت المادة ٤٦٧ فقرة ثانية على أنه ، وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ، . وتعليل ذلك أن البائع يكون ملتزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وأن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق وفقاً للمادة ٢٠٤ ممدنى إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم . فإذا تخلف انتقال الملكية إلى المشتري عن وقت العقد بسبب عدم ملكية البائع المبيع حينئذ ، فإنه متى زال هذا المانع بأن آلت الملكية إلى البائع انتقلت الملكية من تلقاء نفسها إلى المشتري وارتفع بذلك الضرر الذي كان هذا يشكو منه ، وسقط بالتالي حقه في إبطال العقد لأن هذا الحق لم يتقرر له إلا لمفع ذلك الضرر .

وبناء على ذلك إذا ورث البائع المبيع مثلاً انتقلت الملكية إلى المشتري من وقت ثبوت الإرث البائع ، وانتقلت إليه محله بالحقوق التي سبق أن رتبها عليها المورث سواء قبل عقد البيع الصادر من غير المالك أو بعده ، ولم يعد للمشتري من وقت وفاة المورث أن يرفع دعوى إبطال البيع .

أما إذا كان سبق له رفع هذه الدعوى وحدثت وفاة المورث قبل صدور الحكم، فإن الوفاة وما ترتب عليها من انتقال الملكية من المورث الى البائع ومن الأخير الى المشتري لا يترتب عليها انقضاء الخصومة ولا يبرر رفض دعوى الإبطال ما دلم المشتري لم ينزل عنها .

٢٩٨ - (ج) كسب المشتري للملكية من طريق الحيازة - وإذا لم يقر المالك البيع ولم يكسب البائع الملكية بعد العقد ولكن تسلم المشتري المبيع بحسنة ، توافرت فيه إذا كان المبيع منقولاً شروط قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وجاز له إذا كان المبيع عقاراً أن يتمسك بالتقادم المكسب قصير المدة بعد حيازته المبيع خمس سنوات ، أى أنه في كلتا الحالتين يجوز للمشتري أن يعتبر نفسه مالكا من طريق الحيازة وأن يدفع بذلك دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ، فتخلص له الملكية ويرتفع عنه الضرر الناشئ له بسبب عدم ملكية البائع وقت العقد . فإن تمسك المشتري بذلك لم يكن ثمة مسوغ لاستعماله حق الإبطال الذي منحه القانون إياه لمنع هذا الضرر عنه . وفي هذه الحالة يكون للمالك الحقيقي حق الرجوع على البائع بالتعويض .

وبلاحظ أن سقوط حق المشتري في إبطال البيع بسبب كسبه ملكية المبيع لا يكون إلا في حالة كسب الملكية من طريق الحيازة ، لأن الحيازة في هذه الحالة تستند الى العقد أو تقوم مقامه في أحداث الأثر الذي تخلف عنه وهو نقل الملكية الى المشتري دون بذل شيء من جانبه أو تفويت أى حق عليه . أما لو كسب المشتري ملكية المبيع من طريق الإرث أو الوصية أو من طريق الشراء من المالك الحقيقي ، فيكون له الحق في طلب إبطال البيع الصادر اليه من غير المالك .

٢٩٩ - (٦) من المشتري في التعويض عن البطور - وإذا استعمل المشتري حقه في طلب الإبطال في الوقت المناسب وحكم له به ، ثبت له الحق في

التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب البطلان متى كان يجهل وقت العقد
أن البائع لا يملك المبيع (المادة ٤٦٨) . أما إذا كان عالماً وقت العقد بعدم
ملكية البائع للمبيع ، فانه يعتبر قابلاً أن يمرض نفسه لبطلان الصفقة
وتقويت مزاياما عليه ، ولا يكون له إذا تحقق هذا الفرض أن يطالب
بتعويض الأضرار الناشئة عنه .

ولم يشترط التقنين الحالي ولا التقنين الفرنسي في ثبوت حق المشتري
في التعويض سوى حسن نيته أي جهله أن البائع اليه غير مالك وأنه
يستحيل عليه لذلك نقل الملكية^(١) . أما التقنين الملغى فقد كان يشترط فوق
ذلك سوء نية البائع أي علمه وقت العقد بعدم ملكيته للمبيع (المادة ٢٦٥/٣٣٤
في نصها الفرنسي) . ولكن هذا الشرط كان منتقداً لأن جهل البائع عدم
ملكته لا يسوغ اعفاءه من تعويض المشتري ، إذ أنه كان يجب عليه أن يعلم
قبل الإقدام على التعاقد حقيقة مركزه من حيث الملكية ، فإذا لم يفعل ،
فقد قصر في واجبه ولزمه تعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر
بسبب بطلان العقد الذي اعتمد عليه . لذلك ذهب بعض الأحكام والشرائح
في ظل التقنين الملغى الى أن حسن نية البائع لا يعفيه من الالتزام بالتعويض .
غير أن هذا الرأي بالرغم من وجاهته كان يصطلم مع صراحة نص المادة

(١) عرض مدني ١١ يونيو ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥-٨١٤-١٧٨ وقضايا في
أن « المقصود من المادة ٤٦٨ من القانون المدني التي تنص بأنه « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع
وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فلا أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » هو
تحرير حق المشتري الذي حكم له بإبطال البيع في التعويض متى كان حسن النية . وإذا جاز
المصرح منطاً حسن نية المشتري هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له فهو يعني ألا يكون هذا
المشتري مالماً وقت شرائه بأن البائع له لا يملك المبيع ، يستحيل عليه لذلك نقل الملكية
اليه ، ومن ثم فلا يفتي حسن النية عن المشتري لجبرده عليه بأن سند البائع له عقد صحيح ابتدائي
لا يجهل اذ في ، هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية اليه بل إن انتقالها يكون ممكناً
بمجرد تسجيل البائع عقد تملكه ، ولا يعني عدم تسجيل العقد عيباً به ، ذلك أن عقد البيع غير
المسجل عقد صحيح لجميع أطرافه ومنها التزام البائع بنقل الملكية للمشتري ، وتسجيله تقتضي اليه
الملكية فلا متى كان البائع مالكا للمبيع » .

٢٣٤/٣٩٥ ، فلم يمكن الأخذ به ، وحذا ذلك المشرع عند تنقيح القانون المدنى الى النص صراحة فى المادة ٤٦٨ على أن البائع يلزم بالتعويض ولو كان حسن النية .

غير أن ذلك لا يعنى أنه لا فرق بين البائع حسن النية والبائع سىء النية إذ أن قواعد المسئولية العقدية تفرق بين المدين حسن النية والمدين سىء النية من حيث مدى التعويض الذى يلتزم به كل منهما ، فالأول لا يسأل الا عن الضرر الذى كان متوقفاً عقلاً وقت العقد كالمصروفات الضرورية والمصروفات النافعة التى أنفقها المشتري على المبيع ، أما الثانى فيسأل عن جميع الأضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة ، فندخل فيها أيضاً المصروفات الكالية . غير أن هذا الرأى يفترض أن مسئولية البائع فى هذه الحالة مسئولية عقدية فى حين أنه من المسلم أن المسئولية العقدية لا تقوم الا نتيجة اخلال بالتزام ناشئ من عقد صحيح . فإذا كان العقد باطلا فلا تكون المسئولية الا تقصيرية ، ويرتب عليها الزام المسئول بتعويض كافة الأضرار المباشرة ، ما كان منها متوقفاً وقت العقد وما لم يكن متوقفاً ، وسواء كان البائع حسن النية أو سىء النية (١) .

٣٠٠ - تأصيل أمطارم بيع ملك الغير - تلك هى أحكام بيع ملك الغير التى نص عليها التقنين المدنى المصرى الحالى والى سبقته الى تقريرها المحاكم الفرنسية والمصرية .

ولا بد من الاعتراف بأن المحاكم قد سلكت فى تقرير هذه الأحكام نبيل الاجتهاد ، وأنها لم تلتزم فى هذا السبيل حد تطبيق النصوص بل جاوزته الى حد الانشاء مستعينة فى ذلك بالمبادئ العامة للقانون ، ذلك أن المادة ١٥٩٩ مدنى فرنسى اقتضت كما تقدم على تقرير بطلان بيع ملك الغير وحق المشتري فى التعويض ، فلم تحمل حق التسك بالبطلان مقصوراً على

(١) أنظر فيما يتعلق بنظرية الخطأ فى تكوين العقد وعدم أخذ المصرى المصرى بها فى هذا الخصوص كتابنا فى شرح القانون المدنى ج ٢ فى الاتراعات بنذ ٢٢٢ .

المشتري دون البائع ولم تمنع على أن البيع ينتج أى أثر في ذمة البائع أو المشتري ولم تسمح بإجازه العقد لا من جانب المشتري ولا من جانب المالك ولم تقرر سقوط حق المشتري في طلب الإبطال بمجرد إقرار المالك بالعقد أو لكسب البائع أو المشتري ملكية المبيع ، وكذلك المادة ٢٦٤/٣٣٣ مدنى مصرى قديم لم تذكر من كل ما تقدم سوى جواز إقرار المالك بالعقد، فكان ذلك باعنا الفقه على أن يجتهد هو أيضاً في تأصيل تلك الأحكام وإيجاد سند لها من طريق تعيين ماهية بيع ملك الغير .

ولقد تعددت آراء الشراح واختلفت مذاهبهم في ذلك اختلافاً كبيراً . غير أنه يمكن ردها جميعاً الى أربعة آراء رئيسية . الأول يسلم بالأحكام التى قررتها المحاكم ويردها الى نظرية الفسخ ، والثانى يتمسك بنص القانون الذى يقرر أن بيع ملك الغير يقع باطلاً للقول بأن هذا البطلان مطلق وبأن فيما ذهبت اليه المحاكم خروجاً على النص وعن قصد المشرع ، والثالث يرى أن العقد يكون في هذه الحالة موقوفاً على اجازة المالك الحقيقى كما في الشريعة الإسلامية، والرابع يرى بطلان بيع ملك الغير بطلاناً نسبياً لا مكان التوفيق بين نص القانون والنتائج التى وصلت اليها المحاكم .

وسنعرض فيما يلى كلا من هذه النظريات الأربع مع تقديرها وتقدمها، ثم نقب على ذلك برأينا الخاص في تكيف هذا البطلان .

٣٠١ - نظرية الفسخ - ذهب فريق من الشراح الى أن بيع ملك الغير يقع صحيحاً ، وإن لم ينقل الملكية الى المشتري ، لأن نقل الملكية ليس من مستلزمات عقد البيع . وليس أدل على ذلك من أن أنواعاً كثيرة من البيوع لا يترتب عليها نقل الملكية وهى مع ذلك مسلم بصحتها كبيع الخيل والبغال والاشياء المستغلة وغيرها .

وغاية الأمر أنه إذا لم يتم بائع ملك الغير بتنفيذ التزامه بنقل الملكية ،
جاء للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض سواء كان البائع حسن النية
أو سيئ النية ، أما البائع فلا يجوز له طلب الفسخ لأنه هو المخل بالتزامه .
فاذا تمكن البائع من نقل الملكية الى المشتري ، سواء أكان ذلك بحمل
المالك على اقرار البيع أم كان بكسبه هو ملكية المال المبيع ونقلها بعدد
للمشتري ، فلا يكون ثمة محل لأن يطلب المشتري الفسخ .

وبذلك يدل هذا الفريق من الشراح على أن النتائج التي ترتبها المحاكم على
أن أحكام بيع ملك الغير تنفق كلها مع قواعد الفسخ ، واذن لا يكون ثمة محل
للمسك بلفظ القانون الذي ذكر فيه البطلان مادامت قواعد البطلان
لا تؤدي الى هذه النتائج المسئلة التي تؤدي اليها نظرية الفسخ (١).

ويعترض على هذه النظرية (أولا) بأنها تعطل نص القانون الذي
يقضى في هذه الحالة بالبطلان لا بالفسخ .

ويعترض عليها (ثانياً) بأنها تتجاهل التطور الذي حصل في طبيعة عقد
البيع في القانون الحديث حيث صار البيع ناقلاً للملك بذاته . وإذا كان
للقانون الحديث ما زال يعتبر بعض أنواع البيوع صحيحة مع أنها لا تنقل
الملكية بذاتها ، فما ذلك الا استثناء من الأصل يسمح بالقول بأن البيع في
القانون الحديث صار نوعين : أحدهما يقصد به أن ينقل الملكية بذاته
ويعتبر أثره الناقل للملكية من طبيعته ومن مستلزماته ، فلا ينقد العقد
دون أن يفتق هذا الأمر . وبعد هذا النوع هو الأصل ويشمل كل بيع وارد
على مال حاضر معين بالذات ولم يربحاً فيه انتقال الملكية بإرادة الطرفين .

(١) كولين دي سانتير ج ٧ نبذة ٢٨ مكرر ، جودمييه في النظرية العامة للالتزامات ،
باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٠٧ و ١٨٠ ، جيل المرغواوي في بطلان التصرف القانوني ، رسالة
من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٩ نبذة ١٠٣ ص ٢٩٣ ، وفي كتيبه في البيع سنة ١٩٦٦ نبذة
٤١ ص ١٠٧ .

والنوع الثاني يقتصر على انشاء التزام بنقل الملكية ، فلا يعتبر انتقال للملكية بمجرد العقد من مستلزماته خلافاً للنوع السابق ، ويشمل البيوع التي ترد على أموال مستقبلية أو على أموال حاضرة غير معينة بالذات والبيوع الموجل فيها انتقال الملكية بإرادة الطرفين وهي كلها عقود لا يقضي منها عاقبوها نقل الملكية فوراً . فإذا اتجهت نية العاقدین في بيع ملك الغير إلى إبرام بيع ناقل للملك بمجرد الاتفاق ، كان من الواضح أن العقد الذي قصده غير ممكن انعقاده . ولا يجوز القول بأنه ينعقد ولا ينقل الملكية لأن نقل الملكية من مستلزماته ، ولأننا إذا قلنا بانعقاد عقد غير ناقل للملكية ، فيكون هذا العقد مغايراً للعقد الذي قصده العاقدان . فلا بد من التسليم بأن بيع ملك الغير يقع باطلاً مادام قد قصد به أن يكون ناقلاً للملك بذاته .

وبعترض أخيراً على نظرية الفسخ بأنها تؤدي في بعض المسائل إلى نتائج تخالف النتائج التي قررتها المحاكم . من ذلك : (١) أن قواعد الفسخ تقضي بأن لا يجوز طلب الفسخ إلا بعد اعدار المدين في حين أن المحاكم تسلم بأنه يجوز للمشتري أن يطلب الإبطال دون اعدار البائع ، (٢) وأن قواعد الفسخ يجوز للمحكمة أن تمنح المدين أجلاً للوفاء في حين أن المحاكم تقضي بأنه متى طلب المشتري الإبطال تعين الحكم له به ، أي أن المحاكم لا تملك في طلب الإبطال سلطة التقدير خلافاً للأمر فيما يتعلق بالفسخ^(١) ، (٣) وأن قواعد الفسخ تسمح برفض طلب الفسخ إذا عرض المدين الوفاء قبل النطق بالفسخ في حين أن المحاكم تقضي بأن اقرار المالك البيع الصادر من غيره أو كسب البائع ملكية المبيع لا يحول أيهما دون الحكم بالإبطال إلا إذا حدث قبل رفع المشتري دعوى الإبطال .

لكل هذه الاعتراضات لم يصادف هذا الرأي نجاحاً ، بل مالبت أن صار مهجوراً .

(١) بودوى لا كاتيفني نبذة ١١٧ ص ١٠٧ و ١٠٨ ، السنهوري في الوسيط ج ٤

٣٠٢ - نظريته بطوره المطلق - وذهب فريق آخر من الشراخ الى ان القانون قد نص على بطلان بيع ملك الغير ولم يرتب عليه أى حكم ، وذلك لا يسمح باقول بأن هذا البطلان، نسبي، فيكون مطلقاً (١). أما الزام البائع بتعويض المشتري، فأساسه ليس العقد وإنما خطأ البائع في بيع ما لا يملك . وأما ما ورد في المادة ٢٦٤ / ٢٢٣ مصرى ملغى من جواز اجازة المالك العقد ، فيفسر بأن ارادة المالك تقتزن بارادة المشتري السابقة وينعقد من اقترانهما عقد جديد . أما العقد الأول بين بائع ملك الغير والمشتري ، فقد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً (٢) سواء لانعدام سبب التزام المشتري وهو نقل الملكية اليه من البائع أم لاستحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد (٣).

وقد اعترض على هذا الرأى أولاً من حيث استناده الى انعدام سبب التزام المشتري بأن هذا الالتزام ليس معدوم السبب بل سببه التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه ، ومن حيث استناده الى استحالة محل التزام البائع بنقل الملكية فور العقد بأن هذه الاستحالة نسبية لا يرتب عليها بطلان العقد .

واعترض عليه ثانياً من حيث النتائج العملية بأنه يخالف النتائج المسلية التي أخذت بها المحاكم . فهو لا يسمح باجازة العقد ولا يحرم البائع من التمسك بالبطلان بل يميز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها خلافا لما ذهبت اليه

(١) بندان ج ١١ نبذة ٤ : ١ ، أوبرى وروج ٥ نبذة ٣٥١ حاش ٤٣ .

(٢) وفي هذا قالت محكمة استئناف مصر أن من التمرر شرعاً أن من يبيع ملك غيره على أنه ملك نفسه فيبيع باطل ، ولا تلحقه الاجازة لعدم انعقاد أصلاً ، أعلاه قد موقوفاً على اجازة مالكه اذا باع . على أنه ملك لغيره . ولاية الأب على ولده الصغير وأن كانت تخول له حق بيع مزارع مصر . الا أنها لا تخرجه عن القاعدة العامة السابق ذكرها ، ويجب لانعقاد هذا البيع أن يحرر الولد أنه يبيع ملك ابنه ، والفارق الوحيد بينه وبين غيره أن ولايته تقوم مقام اجازة المالك المخصوص في الأحوال الأخرى ، (استئناف مصر ٢٣ مايو ١٩٤٤ المجموعة ٣٦ ولم ٤٤) .

(٣) قرب منصور نبذة ١١٥ ص ٢٥٣ و ٢٥٤ .

المحاكم في شأن هذه المسائل، وقالت محكمة النقض في هذا الشأن أن البيع الصادر من غير مالك ان كان باطلا، فان بطلانه ليس بطلاناً أصلياً، بل ان القانون نص على صحته اذا أجازه المالك^(١).

٣٠٣ - (ج) نظرية العقد الموقوف - لذلك ذهب رأى آخر، أخذاً بالاعتراض الفقهي الموجه الى نظرية البطلان المطلق، الى أن بيع ملك الغير لا يقع باطلاً، وانما يكون صحيحاً موقوفاً فقط على اقرار المالك اياه. فان أقره، نفذ في حقه وأنتج جميع آثاره سواء في حق العاقدين أو في حق المالك، والا بقي العقد صحيحاً ولكنه موقوف الاثر، كما هو شأن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي^(٢).

ويؤخذ على هذا الرأي أنه لا يستقيم مع تنظيم المشرع بيع ملك الغير ذلك التنظيم الذي يجعله ينتج من وقت إبرامه جميع آثاره فيما عدا انتقال ملكية المبيع الى المشتري.

(١) غنى مدني ٨ أبريل ١٩٤٤ فهرس الحقة وعشرين سنة لأحكام النقص ص ٣٦٧
نبذة ١٧٤.

(٢) قال بهذا الرأي زميلنا الدكتور شليق خاتمة في النظرية العامة للتأمين العيني ط ٣ سنة ١٩٥٥ نبذة ٩٢ ص ٨٥ وما بعدها. وعنده « أن الرأي الصحيح هو أن العقد لا ينتج باطلاً بحال من الأحوال، فهو قد استوفى جميع شروط انعقاده وصدر عن بغير أهله، وان كان لا ولاية له على العين محل التعاقد. والعقد عند انعدام الولاية ينتج مقدماً موقوفاً، أي أن أثره يظل مطبقاً على ارادة من له الولاية. فاذا صدر الاقرار أنتج العقد جميع آثاره من وقت صدوره. أما قبل ذلك، فالعقد لا أثر له، ولو أجازه المتعاقد الآخر. وقبله لا يمكن القول بأن العقد قابل للابطال وتصححه الاجازة. وهذه الاجازة هي عبارة عن نزول الباقى الآخر من حقه في الرجوع. والعقد قبل الرجوع يصلح محلاً للاقرار. أما بعده فلا يمكن أن يرد عليه الاقرار. واذا كان البيع لا يستطيع التحلل من العقد عنده لأن العقد الموقوف قد وبب للمتعاقد الآخر حلاً موقوفاً. واذا كان المتعاقد الآخر يستطيع النزول عن هذا الحق، فله طرف الأول لا يستطيع ذلك. وهذا الحق ليس حق الملكية، بل هو حق احتيالي منعوه العقد الموقوف الذي ينتج المتعاقدين في مركز قانوني أشبه ما يكون بمركز المتعاقدين في الفترة التي تسبق العقد avant-contrat ...

ولو كان هذا العقد يقع موقوفا لما كان له أى أثر قبل إقراره عن جمل
العقد موقوفا مراعاة لحقه ، وبأنه يصطلم مع صريح نص القانون الذى يخول
المشتري حق إبطال العقد ، لأن القول بأن العقد موقوف ينطوى على أنه
صحيح وبالتالي لا يجوز إبطاله ، وبأنه لا محل لقياس بيع ملك الغير على
التصرف الذى يصدر عن لا ولاية له ، لأنه اذا جاز اعتبار هذا التصرف
الآخر موقوفا على اجازة من يملك الولاية استناداً الى حكم الفقه الاسلامى
باعتباره مصدراً من مصادر القانون المصرى طبقاً للمادة الأولى فقرة ثانية
مدنى ، فان الاستناد الى هذه المادة لا يجوز فيما يتعلق ببيع ملك الغير لأن
الرجوع الى الفقه الاسلامى لا يجوز طبقاً للمادة المشار اليها الا فى الحالات
التي لا يوجد بشأنها نص فى القانون ، وليست من بينها حالة بيع ملك الغير
التي تنظمها المواد ٤٦٦ وما بعدها^(١) .

٣٠٤ - (د) نظرية البطونى النسبي - لذلك ذهب كثرة الشراح
والمحاكم فى فرنسا وفى مصر الى أن بطلان بيع الملك الغير بطلان نسبي باعتبار
أن هذا النوع من البطلان هو الذى يسمح بترتيب جميع الاحكام التى رتبها
المحاكم ثم التقنين المصرى الحالى على بيع ملك الغير .

غير أنهم اختلفوا فى تأسيس هذا البطلان ، فقال البعض انه راجع الى
غلط المشتري فى صفة جوهرية فى البائع وهى كونه مالكا ، وقال آخرون
انه راجع الى غلط فى صفة جوهرية فى المبيع وهى كونه مملوكا للبائع^(٢) .

ولكن يعترض على كلا الفريقين بأن القانون والمحاكم لا تعتبر سبب
البطلان غلط المشتري وأن الدليل على ذلك هو أنه من المسلم أن المشتري
يجوز له طلب ابطال البيع ولو كان وقت العقد طالما أن البائع غير مالك .

(١) فى هذا المعنى السهوى فى الوسيط ج ٤ نبذة ١٥٧ من ٧٨١ .

(٢) جوسران ج ٢ نبذة ١٠٤٣ و ١٠٤٥ .

ولذلك قال فريق آخر من الشراح ان بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي ولكنه بطلان غير مبنى على القواعد العامة ، بل بطلان من نوع خاص *est genericus* مقرر في حالة خاصة بنص القانون (١).

ويعترض على ذلك (أولاً) بأن القول بأن هذا البطلان من نوع خاص لا يفسر شيئاً ويعتبر تسليماً بالعجز عن رد أحكام بيع ملك الغير كما هي مقررة الى القواعد العامة ، وبأنه لا يصح التسليم بذلك قبل استنفاد جميع الوسائل التي تليها لنا القواعد العامة .

و (ثانياً) بأن القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً قول لا ينفق مع أم حكم من أحكام بيع ملك الغير ، وهو أنه لا ينقل ملكية المبيع ، مع أن العقد الباطل بطلاناً نسبياً ينتج جميع آثاره كاملة كما لو كان صحيحاً صحة تامة لا مطعن عليها إلى أن يتقرر بطلانه .

٣٠٥ - (د) رأينا في الموضوع - ونحن نسلم بصحة الاعتراضات التي وجهت الى كل من هذه النظريات فيما عدا الاعتراض النظري الذي وجه الى إحدى صورتى نظرية البطلان المطلق ، وهي التي تؤسس هذا البطلان على استحالة محل التزام البائع بنقل الملكية ، أعني الاعتراض الموجه الى القول بأن استحالة نقل ملكية المبيع المملوك للغير فور العقد استحالة مطلقة ، ذلك أن الاستحالة المطلقة التي تستتبع البطلان المطلق ليس المقصود بها استحالة الأمر على الكافة وفي جميع الظروف والأحوال ، وإنما المقصود بها استحالة الأمر في ظروف معينة هي الظروف المحيطة بالمدين . وتقدر الاستحالة بمقياس موضوعي أي بمقياس الرجل المعتاد ، فتعتبر مطلقة متى كان الرجل المعتاد إذا وجد في مثل الظروف المحيطة بالمدين يستحيل عليه القيام بمحل الالتزام ولو كان يستطيع القيام به في ظروف أخرى . ويعتبر

(١) الشوبري في الوسيط ج ٤ نذرة ١٥٨ ، يهجت دون في بطلان بيع ملك الغير ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٩٩ ، الحلل وحلمد زكي ص ١٦٦ .

من الظروف المحيطة ببائع ملك الغير كونه غير مالك المبيع ، وبما لا شك فيه أن الرجل المعتاد يستحيل عليه إذا كان غير مالك لشيء معين أن ينقل ملكيته الى غيره ، فيعتبر محل التزام بائع ملك الغير بنقل ملكية المبيع فور العقد مستحيلا استحالة مطلقة يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا .

هذا من الناحية النظرية . أما من ناحية الأحكام والنتائج العملية ، فمن الواضح أن نظرية البطلان المطلق إذا أخذ بها وحدها تؤدي الى نتائج مغايرة للأحكام التي نص عليها التقنين المصري الحالي والتي جرت عليها أحكام المحاكم من قبل . ولكن إذا أمكن تكميلها بقاعدة أو نظرية أخرى من القواعد العامة التي يقوم عليها التشريع بحيث تؤدي الى النتائج والأحكام المسئلة ، كان ذلك أولى بالاتباع من القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا من نوع خاص .

وعندى أن تكلة نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل conversion المنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدني يمكن أن تفسر لنا جميع الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير على الوجه الآتي :

إذا ثبت اتجاه قصد العاقدين الى إبرام عقد بيع ناقل للملك بذاته ، أي عقد بيع من النوع الأول من النوعين اللذين تقدمت الإشارة إليهما ، وكان البائع غير مالك المبيع وقت العقد ، كان محل العقد مستحيلا في ذاته أي بالنسبة الى البائع وإلى أي شخص آخر إذا وجد في ظروف البائع حالة كونه غير مالك ، ووقع العقد الناقل للملكية بذاته الذي اجهت إليه ارادة العاقدين باطلا بطلانا مطلقا .

غير أنه يمكن تحوله الى عقد بيع منتهي لالتزامات فقط ، أي الى عقد بيع من النوع الثاني ، إذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف الى ذلك لو علم أن العقد الأول غير يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع . ويمكن القول بأن المشرع قد فرض فرضا غير قابل لاثبات العكس أن البائع قد

انصرفت نيته المحتملة الى تحول عقد البيع من النوع الأول الى الناقل للملكية
 يذاته الى النوع الثاني الذى لا ينشئ الا التزامات شخصية ، وأنه لذلك لم
 يسمح للبائع بأن يتمسك ببطلان العقد الذى قصد ابرامه ولو أنه بطلان
 مطلق . أما انصراف نية المشتري الى ذلك ففروض الى أن يثبت العكس ،
 ولذلك ينتج عقد بيع ملك الغير آثار عقد من النوع الثانى كاملاً مادام المشتري
 لم يتمسك بالبطلان . وهذا ما يفسر أن يبيع ملك الغير ينشئ التزامات
 شخصية فقط ولا ينقل الملكية وأنه يصح أن يميز المشتري العقد لأن
 اجهازته هذه تعتبر دليلاً على انصراف نيته منذ ابرام عقد الى تحوله من
 النوع الأول الى النوع الثانى وتمنعه من أن يتمسك بعد ذلك بالبطلان
 ولو أنها لا تنقل اليه الملكية ، كما يفسر امكان ورود اقرار المالك على العقد
 وامكان انتقال الملكية الى المشتري بمجرد أن يصير البائع مالكا الخ .
 أما اذا تمسك المشتري بالبطلان ، كان ذلك دليلاً على أن نيته المحتملة لم تكن
 تنصرف الى تحول العقد من النوع الأول الى النوع الثانى ، ووجب اعتبار
 العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً وغير قابل لاتنتاج أى أثر قانونى ، وألزم البائع
 بالتعويض باعتباره مقسباً بخطئه فى أن يعقد المشتري معه بحسن نية
 عقداً باطلاً .

وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير
 فى اللوادر ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل تجاوز
 فيه بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول ، اذ فرض فيه انصراف نية
 البائع المحتملة الى التحول فرضاً غير قابل لاثبات العكس ، دون أن يفرض
 مثل ذلك فى نية المشتري . وبهذا القول وحده يمكن تفسير جميع أحكام بيع
 ملك الغير المتقدمة ، وبه يمكن الاستغناء عن الالتجاء الى فكرة بطلان هذا
 البيع بطلاناً نسبياً من نوع خاص ، تلك الفكرة التى تعتبر بمثابة تسليم
 بالميز والتى لا ينبغي الالتجاء اليها الا عند عدم كفاية القواعد العامة

لتفسير أحكام مغيبة (١).

(١) وقد أخذ الأستاذ السهوري على رأينا أمرين : (الأول) ان القول بطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا يتعارض مع نصوص القانون القاطعة في أن هذا البيع قابل للإبطال وليس باطلا بطلانا مطلقا ، و (الثاني) ان القول بأن هذا العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا ويحول الى عقد منقضى ، لالتزامات حسب يتعارض مع نظرية التحول المعروفة (الوسيط ج ٤ نبذة ١٥٦ ص ٢٨٠) .

وردنا على ذلك فيما يتعلق بالأمر الأول أن نصوص القانون وتنظيمها أحكام بيع ملك الغير لا تستقيم مع تكليف هذا العقد بأنه قابل للإبطال كما لا تستقيم مع تكليفه بأنه باطل بطلانا مطلقا ، إذ ليس مما يتفق مع قواعد قابلية العقد للإبطال تصحيح العقد بإرادة شخص أجبي عنه أو بمجرد حصول واقعة قانونية كالإلزام ببيع على البائع غير المالك أو تملك هذا الأخير ملكية المبيع بالتقادم المكسب ، وفيما يتعلق بالأمر الثاني أننا لا نتمكن من القول ، من تحول البيع الباطل باعتباره عقدا نافلا الملكية بذاته الى عقد منقضى ، لالتزامات حسب لا يتفق كل الإضاف مع نظرية التحول المعروفة ، ولكننا نقول ان النصوص المتعلقة ببيع ملك الغير تفسر على أساس تطبيق المبرع نظرية التحول تطبيقاً تفسرياً على هذا البيع ، ومن المعلوم أن المبرع يملك عندما يطبق بنفسه نظرية معينة على حالة بذاتها أن يتجاوز عن بعض المبروط التي تنمليها هذه النظرية العامة أو أن يعدل بعض المعنى في الآثار التي تربتها هذه النظرية . ومن أمثلة ذلك التطبيق التفسري للمادة ١٤٦ مدني الخاصة بأصناف أثر العقد الى الخلف الخامس الذي نصت عليه المادة ٦٠٤ مدني بالنسبة لتفاد الاجارة في حق المالك الجديد اذا باع المؤجر العين المؤجرة حيث تجاوز المبرع في هذه المادة الأخيرة عن شرط علم المالك الجديد بالاجارة وقت تملكه للملكية (انظر كتابنا في عقد الاجارة سنة ١٩٦٨ نبذة ٢٧٨) . ومن هذا القبيل أيضاً التطبيق التفسري لنظرية الظروف الطارئة المقررة في المادة ٢/٢٤٧ مدني الذي أجراه المبرع نفسه في القانون رقم ١٩٥٣/٤٥٢ الصادر بشأن تخفيض القدر المؤجل من أثمان الألبان الزراعية التي يمت قبل صدور قانون الإصلاح الزراعي وسري عليها الاستيلاء الذي نص عليه هذا القانون في أيدي مشتريها ، حيث نص هذا التطبيق التفسري على أنه الفرق بين من الباع وبين التوضي عن الاستيلاء بمس مناصفة بين البائع والمشتري بصرط أن لا يتجاوز ما يتصله البائع قيمة الباقي من الثمن في ذمة المشتري . وقد خرج المبرع في هذا التطبيق التفسري على الحكم العام لنظرية الظروف الطارئة في أنه لم يترك للقاضي سلطة التقديرية في رد الالتزام الذي صار مرهقا الى الحد المقبول بل فرض بقوة القانون قسمة الحساة مناصفة بين البائع والمشتري (وارجع ما تقدم في نبذة ٢٤٣) .

ويمكن أن يخبر من هذا القبيل أيضاً التطبيق التفسري لنظرية تحول العقد الباطل الى بيع ملك الغير . فيه افترض المبرع انصراف نية البائع الى تحول البيع النافل للملكية المبيع منقضى ، لالتزامات فقط فرحاً غير قابل لا يثبت الكس وان فرض انصراف نية التفسري أيضاً الى ذلك فرحاً قابلاً لا يثبت الكس . ولهذا لم يحسح البائع بالتمسك بطلان العقد ولكنه يبيع التفسري بذلك .

٣٠٦ - حكم بيع العقار المملوك للغير بعد صدور قانونه التسجيل
- كلن التقنين الملقى ينص على بطلان بيع ملك الغير في الوقت الذي كان
فيه يقضى بأن البيع ينقل ملكية العقار المبيع فيما بين الماقيدين بمجرد الاتفاق

نقد أخفزيلنا الاستاذ منصور مطلق منصور على رأينا أسرين أيضا . أولها عدم صحة ما ذهب
إليه من اعتبار استعانة نقل بائع ملك الغير ملكية المبيع إلى المشتري استعانة مطلقة تستلزم
بطلان العقد بطلانا مطلقا استنادا إلى أن عدم تملك البائع للبيع لا يجبر طرفا خارجيا ولا يهزم
له وزن في قضى ما إذا كان الرجل الباعى يستطيع نقل الملكية في هذا الظرف وإلى أن هذا
يجعل نقل الملكية ليس مستحيلا في ذاته ، الأمر الذى يجتنب منه القول بطلان العقد (منصور
نبذة ١١٦ ص ٢٥٤) .

وهذا الاعتراض مردود بأن كون المال المبيع مملوك لغير البائع أمر موضوعي يجب أن
يعلم له وزن في قضى ما يجزى سمكتا للرجل السامى أو غير ممكن ، ولا شك في أن الرجل
الطامى يستحيل عليه أن ينقل إلى المشتري مالا مملوكا لغيره .

ويضيف الأستاذ منصور إلى ذلك أنه كان يمكن القول باستعانة نقل ملكية المبيع غير
المملوك لبائع استعانة مطلقة لو أن العقد يترتب عليه انتقال الملكية مباشرة . أما الواقع أنه
ينفى التزاما بنقل الملكية أولا ثم ينفذ هذا الالتزام ، وما دام هذا الالتزام ممكنا في ذاته
فالعقد صحيح . وكل ما يترتب على عدم ملكية البائع للبيع أن هذا الالتزام الذى ينشأ لا ينفذ
بقوة القانون نور نفوته . وهذا لا يجمع من صحة العقد (منصور ص ٢٥٦) .

ونحن نرى أنه حتى مع التمسك بأن العقد ينفى التزاما بنقل الملكية ولا ينقل الملكية
مباشرة ، فإن ذلك لا ينفى استعانة تنفيذ الالتزام بنقل ملكية المبيع المملوك لغيره إذا كانت
المقصود به نقل الملكية بمجرد العقد . أما إذا كان المقصود به نقل الملكية بعد حلول أجل
أو تحقق شرط إلخ . فلا يكون محل الالتزام مستحيلا ويكون العقد صحيحا . وهذا هو البيع
الذى اعتبره بيانا من النوع الثانى .

وأخيرا يفرض الأستاذ منصور على رأينا في تأسيس أحكام بيع ملك الغير على أساس
فكرة تحول العقد من بيع ناقل الملكية بذاته إلى بيع منتهى التزامات فحسب بأن نظرية
التحول تقتضى ثبوت انصراف نية الطرفين المختصة إلى بيع من النوع الثانى وقت إبرام البيع
الوليد على ملك الغير ، وبأنما نذهب إليه من استعلاء عدم انصراف نية المشتري إلى التحول
من واقع طلبه إبطال العقد لا يتفق مع نظرية التحول التى تفتقر ثبوت انصراف النية إلى ذلك
في وقت إبرام العقد (منصور ص ٢٥٨) . وهذا الاعتراض مردود بأن التطبيق العملى
قد افترض ثبوت انصراف نية المشتري إلى التحول وقت إبرام العقد فرضا قابلا لإثبات
العكس ، وأنه لا يمحور أن يكون أثبت العكس وقت إبرام العقد ، والا لا كانت حاجة إلى
الفرقة . ومن المتيقن انذ أن يكون أثبت عكس الفرية قابلا لإثبات العقد . وهذا نتيجة
لتجاوز التطبيق العملى من شرط ثبوت انصراف النية إلى التحول وقت إبرام العقد .

ولا يشترط تسجيل العقد الا للاحتجاج بنقل الملكية على الغير ، فكان من الواضح أن بطلان بيع ملك الغير هو نتيجة طبيعية وحتمية لاعتبار البيع ناقلاً للملك بذاته .

فلما صدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ونص على أن العقد لا ينقل الملكية العقارية لافياً بين الماعدين ولا بالنسبة للغير الا بتسجيله ، قام خلاف كبير بين شراح القانون المصرى في شأن بيع ملك الغير . فقال فريق ان عقد بيع العقار المملوك للغير أصبح يقع صحيحاً لأن بيع العقار لم يعد ناقلاً للملك بذاته بل بالتسجيل ، فاندلجت فيه علة بطلان بيع ملك الغير . وغاية الأمر ان المشترى يكون له حق فسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه بنقل الملكية . غير أنه لم يسع هذا الفريق من الشراح الا التسليم بأن عقد بيع العقار المملوك للغير متى تم تسجيله توافرت فيه حكمة بطلان بيع ملك الغير وصار باطلا . ومؤدى هذا رأى ان بيع عقار الغير يقع صحيحاً مادام لم يسجل ثم ينقلب باطلاً بالتسجيل^(١) . وحسب هذا رأى أن يؤدى الى هذه النتيجة حتى يكون بعده عن الصواب واضحاً ، اذ لا يسوغ القول بأن عقداً ما يقع صحيحاً ثم ينقلب باطلاً لسبب تال لانعقاده ، ولا أن تسجيل العقود له أى دخل في تصحيح ما كان باطلاً منها أو ابطال ما كان صحيحاً .

وذهبت كثره الشراح الى أن بيع العقار المملوك للغير يقع حتى بعد صدور قانون التسجيل باطلاً وفقاً للبادة ٢٦٤/٢٢٣ مدنى قديم سواء سجل العقد أو لم يسجل ، ولكتمهم اختلفوا في تعليل ذلك .

و نحن نعلمه بأن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة عقد بيع العقار ، فلا يزال هذا العقد بطبيعته وبحسب قصد الماعدين منه ناقلاً للملك ، وغاية الأمر أن المشرع نفسه قد جعل انتقال الملكية يترأخى الى حين تسجيل العقد . ولكن لأن هذا التراخى لا تقتضيه طبيعة الأشياء كما في بيع الخليات وبيع

الأموال المستقبلية ، ولأنه ليس ناشئا عن اتجاه ارادة العاقدين اليه كما في
اضافة انتقال الملكية به الى أجل ، فانه لا يمنع من اعتبار بيع العقار من
المعقود النافذة لذلك بحسب قصد العاقدين وطبيعة الأشياء ، ومن اعتبار
علة بطلان بيع ملك الغير متوفرة فيه من وقت انعقاده ، فيقع باطلا ويظل
باطلا بالرغم من تسجيله .

وقد أخذ المشرع بهذه النتيجة في التفتين المدنى الحالى ونص عليها
صرحة فى المادة ٤٦٦ فقرة أولى حيث قرر أنه « اذا باع شخص شيئا معينا
بالذات وهو لا يملكه ، جاز للبشرى أن يطلب ابطال البيع . ويكون الأمر
كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » .

المبحث الثانى

بيع المال المملوك شيوعا

٣٠٧ - تعريف الملكية الشائعة وسمى هو المالك فى الشيوع -
عرفت المادة ٨٢٥ مدنى الملكية الشائعة حيث قالت انه « اذا ملك اثنان
أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع » .
وبين من هذا التعريف أن الشريك فى الشيوع لا يستقل بملكية المال
الشائع أو بملكية أى جزء منه بل يكون له حق فى كل ذرة من ذرات هذا
المال مقيد بحقوق شركائه فيها ، فهو يستقل بملكية حصة شائعة فى كل المال
المملوك على الشيوع ولا يستقل بملكية أى جزء منه . وقد نصت المادة ٨٢٦
فقرة أولى على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن
يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر
بحقوق سائر الشركاء » .

ولأن الملكية على الشيوع تعرض على كل من الشركاء أن يتخذ فى
استعمال حقه على المال الشائع وعلى كل ذرة منه بمراجعة حقوق شركائه فى

هذا المال ، فهي صور قمن الملكية من شأنها زيادة فرض التضام بين مالكي المال الشائع وما ينشأ عن ذلك من منازعات ما كانت تنور لولا حالة الشبوع ، وبالتالي من شأنها إضعاف استغلال الأموال المملوكة على هذا الوجه ونقص الدخل القومي ،

لذلك اعتبر المشرع حالة الملكية الشائعة حالة طارئة ، وسهل إنهاءها من طريق القسمة اتفاقاً أو قضاء ، ومنع الاتفاق على البقاء في الشبوع إلى أجل يجاوز خمس سنين (المواد ٨٣٤ وما بعدها) .

ومنى تمت قسمة المال الشائع ، اعتبر كل شريك أنه مالك للحصة المفروزة التي آلت إليه منذ أن تمك في الشبوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص (المادة ٨٤٣) ، وذلك فيما بين المتقاسمين دون توقف على شهر القسمة ، وبالنسبة إلى الغير بشرط شهرها .

من ذلك يبين أن تصرف الشريك على الشبوع في ملكيته الشائعة يجب أن يتقيد قبل القسمة بحقوق شركائه وأن مصيره يتوقف بعد حصول القسمة على نتائجها^(١) .

٣٠٨ - ما يتغير به المالك على الشبوع عند التصرف في حقه قبل إجراء

القسمة : بموجب مقتضات نص على التصرف في الحصة الشائعة - يتقيد المالك على الشبوع عند التصرف في حقه قبل القسمة بالاضر بحقوق شركائه ، ويقضيه ذلك أن يراعى في أحلال التصرف إليه في حقه بخالته بحيث لا يحدث التصرف أى تغيير في مركز الشركاء ، أو بمباراة أخرى ألا يتصرف إلا في حصة كلها أو بعضها شائعة في كل المال . فاذا راعى ذلك وقع تصرفه صحيحاً

(١) انظر :

M. Pappozer, Valeur juridique de la vente et de l'hypothèque de biens divis avant le partage. Gaz. Trib. Mixtes XXII, 1962, p. 63 .

وانتقل حقه الى المتصرف اليه وصار هذا شريكا في الشيوع مع شركاء المتصرف الى أن تتم قسمة المال الشائع فيختص بجزء منه بقدر حصة الشائعة .

فاذا سجل هذا المشتري عقده قبل شهر عقد القسمة ، فإنه يصبح غيرا بالنسبة الى عقد القسمة في حكم المادة ١٠ من قانون الشهر وبالتالي لا يمتنع عليه هذه القسمة ، يستوى في ذلك أن يكون شراؤه سابقاً على اجراء القسمة أم لاحقاً لها ، ويصبح في الحالين شريكا في العقار الشائع بقدر الحصة التي اشتراها . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقاً بل له أن يطلب اجراء قسمة جديدة اذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفاً فيها^(١) .

أما اذا رضى المشتري بالقسمة ولم يعترض عليها ، فإن البائع اليه يصبح ملزماً بأن ينقل اليه ملكية ما باعه شائعاً فيما اختص به بمقتضى عقد القسمة ولا يجوز لأي من المتقاسمين الآخرين أن يعترض على ذلك^(٢) .

٣٠٩ - نصرف الشريك في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه -
واذا لم يراع الشريك على الشيوع في تصرفه ما تقدم ، بأن تصرف في كل المال الشائع أو في جزء مفرز منه قبل اجراء القسمة بينه وبين سائر شركائه ، كان من الواضح أن تصرفه يرد في هذه الحالة على حصة الشائعة في المبيع وعلى حصص شركائه الشائعة فيه أيضا ، أي أنه يعتبر صادراً من مالك بالنسبة الى حصة البائع ومن غير مالك بالنسبة الى حصص شركائه .
وظاهر أن ازدواج تكليف هذا التصرف على هذا الوجه لا بد أن يثير

(١) نفس مدق ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام التفسير ١٦ - ١١٧٢ ، وأيضاً نفس مدق ٢٧ ابريل ١٩٦٤ مجموعة أحكام التفسير ١٥ - ١٠٣ - ٨١ - ١٠٠ يناير ١٩٥٩ مجموعة أحكام التفسير ١٥ - ٤٣ - ٥٥ .

(٢) نفس مدق ٢٥ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام التفسير ١٣ - ١٢٧ - ١١٩ .

صعوبات جمة فيما يتعلق باعتبار التصرف صحيحاً تغليباً لكونه صادراً من مالك أو اعتباره قابلاً للإبطال تغليباً لكونه صادراً من غير مالك . . .

وعما يزيد الأمر تعقيداً أثر القسمة الكاشف ، اذ يترتب عليه أن يعتبر البائع بعد القسمة أنه كان مالكا منذ الأصل كل المبيع اذا وقع هذا في نصيبه ، أو أنه لم يملك شيئا منه قط اذا لم يقع شيء منه في نصيبه . ولا شك أن من شأن هذه الاحتمالات أن تزيد صعوبة الفصل في صحة التصرف أو بطلانه في الفترة السابقة على القسمة^(١) .

لذلك يتعين أن نبين فيما يتعلق بتصرف الشريك في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه قبل الاتفاق مع شركائه على قسمة المال الشائع حكم هذا التصرف بعد أن تم القسمة ، ثم نبين في ضوء ذلك حكم هذا التصرف في الفترة السابقة على حصول القسمة .

٣١ - علم هذا التصرف بعد أن تم القسمة - لم يرد في القانون

الفرنسي ولا في التقنين المصري الملغى فيما يتعلق بتصرف الشريك في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه نص على حكم هذا التصرف بعد أن تم قسمة المال الشائع ، فوجب الرجوع في شأنه الى القواعد العامة . ويؤدي تطبيق هذه القواعد وبخاصة قاعدة أثر القسمة الكاشف الى أنه اذا وقع المبيع بموجب

(١) وقادها لهذه الصعوبات ملجأ المصراع السوداني الأمر بأن خول أمين الشهر أن يرفض تسجيل أى تصرف من جانب أحد الشركاء في المال الشائع الى غير شريك له ما لم يوافق عليه سائر الشركاء أو تم قسمة المال الشائع قبل التسجيل . انظر كتاب قوانين السودان The Laws of the Sudan ج ٧ في شرح قانون التسجيل الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بتد ٣٠ حيث ورد فيه :

Where land is registered in the names of proprietors in undivided shares, the Registrar may refuse registration of any dealing with undivided share by any proprietors in favour of any person other than another proprietor unless the remaining proprietors consent or unless a partition is effected prior to registration.

القسمة في نصيب الشريك البائع ، صبح البيع وتذلاته يكون قد ورد على مال مملوك للبائع ، والا كان حكمه حكم بيع ملك الغير وجاز للشترى ابطاله .

غير أن المشرع المصري رأى عند تنقيح القانون المدني أن يضيق من دائرة البطلان في هذه الحالة الأخيرة حرصاً على استقرار المعاملات ، فنص في المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من التقنين الحالي على أنه إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف اليه ، إذا كان يجمل أن المتصرف لايملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في ابطال التصرف .

وقد قرر المشرع بذلك مبدأ الحلول العمي . وبمقتضاه يحمل الجزء الذي وقع بالقسمة في نصيب الشريك البائع يحمل الجزء المفرز الذي عين في عقد البيع ويعتبر البيع وارداً عليه منذ ابرامه . فيتملكه المشتري بموجب العقد ولا يكون له أى حق على الجزء الذي عين أصلاً في العقد^(١) . ومؤدى ذلك

(١) ويتوى في ذلك أن تكون القسمة قد سجلت أو لم تسجل ، لأن تسجيلها غير مطلوب الا للاحجاج بها على الغير ، ولأن الغير في قانون الشهر العقاري هو من كسب حقا عينيا على العقار وقام بحفظه قانوناً ، ولأن حق مشتري الحصة المفرزة من المال على الشيوع يتوقف مصيره على نتيجة القسمة ، فلا يجبر له وجود قبل القسمة ، فلا تثبت له حصة الغير في هذا المخصوص ولا يكون له أن يسجل بعدم تسجيل القسمة ولو كان قد سجل مقدمه . وقد اطرده قضاء محكمة النقض على ذلك حيث قررت أن النبر في حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري هو من تلقى خصامينا على العقار على أساس أنه مازال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من أحد المالكين مفرزاً ، فإنه لا يجبر عليه ولو سبق له تسجيل حصة قبل أن يسجل القسمة إذ أن حقه في هذا الجزء المفرز بقى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على نتيجة القسمة التي تتلخص بها القسمة وذلك كما هو مقرر بالمادة ٨٢٦/٤ من القانون المدني من أن الشريك إذا اختب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع حسداً الجزء عند القسمة من حيث المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي اختص به المتصرف بخلاف القسمة ، كما مفاده أن القسمة غير المتخلصة تخص بها كل من اشترى جزءاً مفرزاً من أحد المالكين ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها شأن المالكين من انهاء حقه =

ألا يعتبر البيع وإرداً على ملك الغير وأن لا يجوز للبشترى طلب ابطاله بناء على المادة ٤٦٦ ما دام قد وقع في نصيب البائع جزء من المال الشائع .
غير أن المشرع لم يفته أن المشتري قد يتضرر من ذلك اذا كان قد قصد شراء الجزء المعين في العقد لفرض لا يصلح له الجزء الذي وقع في نصيب البائع ، فأجاز له ابطال العقد اذا كان يجهل وقت ابرامه أن المنصرف لا يملك العين المنصرف فيها مفرزة ، ولم يجرز للبشترى ابطال العقد اذا كان يعلم أن البائع لا يملك الجزء المبيع مفرزاً .

وظاهر أن هذا الحكم يختلف عن حكم بيع ملك الغير ، لأن هذا النوع الأخير من البيع يجوز للبشترى ابطاله بقطع النظر عن علمه أو عدم علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع . ويمكن تفسير هذا الاختلاف بأن المشرع ، اذ قرر مبدأ الحلول العيني ، قد أزال بذلك السبب الذي من أجله كان هذا التصرف يعتبر إرداً على ملك الغير ، ولا يبقى الا أن يعيب العقد غلط في المبيع . فإذا كان المشتري عالماً بأن البائع لا يملك الا على الشيوع ، اعتبر الطرفان متفقين على ورود البيع على حصة البائع الشائعة وعلى الجزء المفرز

الشيوع واعتبار كل متفاسم مالاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة . ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءاً مفرزاً لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع القسمة الى ذلك الجزء . ذاته طالما أن القسمة وان كانت لم تدجل بمصلحة عليه وترتب ابطال حقه من الجزء المفرز المقود عليه الى النصيب الذي اخس به البائع له بموجب تلك القسمة ، وقضت في حكم آخر بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٦٥ بأنه اذا كان البيع منصباً على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقاً على اجراء القسمة بين الشركاء ، فان المشتري في هذه الحالة لا يجزى بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدني ولو سجل عقده قبل تدجيل القسمة شريكاً في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تخليه في القسمة . ومن ثم تمت هذه القسمة بين الشركاء فانها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفاً فيها وترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتخاصمين من انتهاء حالة الشيوع واعتبار كل متفاسم مالاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه . ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه . فإذا وقع الفلتر المبيع المفرز في نصيب الشريك البائع خلس له هذا القدر ، وان لم يقع تطل حقه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى البائع بطريق القسمة (قضى مدني ٢ ديسمبر ١٩٦٥ بمجموعة أحكام التقاضي ١٦٧٢-١٧٤) .

الذى ستركز فيه هذا الحصة عند القسمة ، وامتنع ابطال العقد لعدم الغلط .
أما اذا كان المشتري يجهل أن البائع لا يملك الجزء المبيع مفرزاً ، فلا يمكن
اعتباره راضياً بشراء غير الجزء المعين في العقد ، ويكون العقد وفقاً للقواعد
المسماة باطلاً بطلاناً مطلقاً للغلط في ذاتية المبيع لأن البائع يعتبر بحكم
القانون أنه قد أراد بيع حصته الشائعة وما ستركز فيه عند القسمة في حين
أن المشتري قد أراد شراء الجزء المعين في العقد ، ولكن المشرع قرر بنص
المادة ٨٢٦ فقرة ثانية تصحيح هذا العقد الباطل بابدال الجزء الذى وقع في
نصيب البائع بالجزء الذى سمي في العقد اذا قبل المشتري ذلك^(١) . فاذا تمسك
المشتري بالبطلان كان ذلك دليلاً على عدم قبوله هذا التصحيح ، واذا سكت
اعتبر سكوتة قبولاً ، ونفذ العقد في الجزء المقرز الذى اختص به البائع
عند القسمة .

أما اذا لم يقع في نصيب الشريك البائع شيء من المال الشائع بل أخذ في
مقابل حصته الشائعة مبلغاً من النقود ، فلا ينطبق حكم المادة ٨٢٦ فقرة ثانية
ويعتبر البيع وارداً على ملك الغير ويجوز ابطاله بنا ، على المادة ٤٦٦ .

وليس شك في أن حكم المادة ٨٢٦ فقرة ثانية مما يساعد على استقرار
المعاملات لأنه يسمح بتفادي البطلان في كثير من الحالات التى تنصرف فيها
الشريك في جزء مفرز من العين الشائعة لا في حصته الشائعة ذاتها . غير أنه
يؤخذ عليه أنه قرر المبدأ ولم ينظم تطبيقه تنظيمياً كافياً ، فترك بعض الصعوبات
التي يثيرها دون حل ، من ذلك أن المشرع افترض في الحلول العينية أن الجزء
المقرز الذى وقع في نصيب البائع عند القسمة يعادل في القيمة الجزء الذى
عين في العقد ، ولا يتحقق ذلك الا اذا كان الشريك البائع قد باع جزءاً
مفرزاً يساوى حصته الشائعة كلها دون زيادة أو نقصان وكان الجزء المقرز

(١) تراجع في الفرق بين تصحيح العقد وبين تحول العقد الباطل الى عقد آخر الشهورى
في الوسيط ج ١ ص ٥٠١ هامش .

الذى وقع في نصيبه بالقسمة يساوى أيضاً حصته الشائعة تماماً . أما إذا كان الجزء المبيع يزيد أو ينقص عن قيمة الحصة الشائعة أو كان النصيب المقسوم يزيد أو ينقص على قيمة تلك الحصة وإن كان هناك معدل للقسمة ، كان من الصعب عملياً تطبيق الحلول المعنى لصعوبة تعيين القدر الذى يحل في البيع محل القدر المتفق عليه وأثر زيادة هذا القدر أو نقصه في الثمن المسمى في العقد ، كما يبين من عرض بعض هذه الصور .

فإذا كان الجزء المبيع مفرزاً أكثر من قيمة الحصة الشائعة وتمت القسمة دون معدل ، كان النصيب المقسوم كله من حق المشتري ، وجازله أن ينقص الثمن المسمى بنسبة الفرق بين قيمة الحصة الشائعة وقيمة الجزء المعين في العقد . وكذلك إذا شمل البيع المال الشائع كله .

وإذا أخذ الشريك البائع في هذا الفرض ذاته معدلاً للقسمة ، اختص المشتري بالنصيب المقسوم في مقابل ما يساويه من الثمن واسترد باقي الثمن أو أعفى منه .

وإذا دفع الشريك البائع معدلاً للقسمة ، اختص المشتري كذلك بالنصيب المقسوم ووجب تقويم هذا النصيب وأجراء المقاصة بينه وبين الثمن المسمى في العقد بقدر الأقل منهما والزام البائع أو المشتري بالفرق حسب الأحوال . وإذا كان الجزء المبيع مفرزاً أقل من قيمة الحصة الشائعة ، تعين تحديد قدر من النصيب المقسوم يختص به المشتري بدلاً من الجزء المسمى في العقد ، ويستوى في ذلك أن تكون القسمة قد تمت بمعدل أو دون معدل .

ولم يبين المشرع في المادة ٨٢٦ طريقة تخصيص جزء للمشتري مما وقع بالقسمة في نصيب البائع ، مع أنه يبين في المادة ١٠٣٩ طريقة تخصيص جزء من العقار الموهون للدائن المرتب بما وقع في نصيب الراهن ، فيمكن اتباع الطريقة ذاتها في حالة البيع ، أى أن يطلب المشتري من القاضي إجراء هذا التخصيص بأمر على عريضة ، ثم يقوم هو بتسجيل هذا الأمر خلال

تسعين يوماً من الوقت الذى يخطر فيه أى شأن بتسجيل القسمة ، فيكون لهذا التسجيل أثر من وقت تسجيل العقد ويرتب عليه أن لا تنفذ فى حقه التصرفات التى صدرت من البائع فى الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل أمر التخصيص .

وبين من ذلك أن الأمر يقتضى فى الكثرة الغالبة من الأحوال التى يؤدى فيها مبدأ الحلول العيني الى تفادى بطلان بيع الشريك جزءاً مفزراً من العين الشائعة تقويم كل من الجزء المبيع مفزراً والحصة الشائعة والنصيب المقسوم وتحديد حق المشتري فى قدر من النصيب المقسوم يعين على أساس هذا التقويم واجراء تعديل فى الثمن المسمى زيادة أو نقصاً وتخويل أحد العاقدين رجوعاً على الآخر بالفرق. وظاهر أن تحقيق ذلك لا بد أن يصاحبه فى العمل قيام الكثير من المنازعات وزيادة التعقيد فى المعاملات ، وكان حرياً بالمشرع أن ينظم هذه المسائل العملية بالنظر فى الأهمية .

٣١١ - (ب) حكم هذا التصرف قبل أنه تم القسمة: (١) فيما بين العاقدين

— تقدم أن مصدر التصرف كان وفقاً للتقنين الملقى والقانون الفرنسى يتوقف على نتيجة القسمة ، فإن وقع الجزء المبيع مفزراً فى نصيب الشريك البائع عند القسمة صح البيع ونفذ ، والا كان حكمه حكم بيع ملك الغير .

وقد حدا ذلك بعض الشراح والمحاكم الى القول بأن هذا البيع مادام معلقاً على نتيجة القسمة يكون معلقاً على شرط واقف هو وقوع الجزء المفز فى نصيب البائع عند القسمة . فاذا تحقق هذا الشرط نفذ البيع بأثر رجعى ، والا صار كأن لم يكن. ورتبوا على ذلك أنه لا يجوز للمشتري ولا للبائع من باب أولى أن يطلب ابطال هذا البيع قبل القسمة لأن العقد المعلق على شرط واقف عقد صحيح غير قابل للطعن فيه لمجرد تعليقه على الشرط .

ويسترض على هذا الرأي بأن فيه مخالفة في تشبيه العقد الصادر من المالك على الشيوع بالعقد المعلق على شرط واقف ، ذلك أن الشرط بتقود باتفاق الطرفين ويكون أثر الرجوع مبنياً على اتفاق الطرفين الضمني ، ويترتب على تعليق العقد على الشرط ألا ينتج العقد أى أثر قبل تحقق الشرط . أما توقف مصير بيع الشريك على نتيجة القسمة ، فليس نتيجة لارادة العاقد بل لتقرير المشرع قاعدة أثر القسمة الكاشف . ومن المسلم أن البيع ينقل في هذه الحالة الى المبتري حقوق البائع الشائعة في الجزء المقرض من وقت إبرامه أو من وقت تسجيله إذا كان المبيع عقاراً^(١) ، فلا يصدق عليه القول بأنه معلق على شرط واقف . هذا فوق أن القول بذلك يترتب عليه من الناحية العملية إطالة تعليق مصير التصرف الى أن تحصل القسمة ، وقد يتأخر حصولها زمناً طويلاً أو لا يقع أبداً ، فيؤدى ذلك الى عدم استقرار العلاقات .

لذلك قال فريق آخر ان العقد في هذه الحالة يكون باتاً ووارداً على حصة البائع في الجزء المقرض المبيع وعلى حصص شركائه أيضاً في هذا الجزء ، أى أنه يرد على مال مملوك للبائع بنسبة حصته الشائعة وعلى مال غير مملوك له فيما يتعلق بحصص شركائه . وبناء على ذلك يجوز للمبتري من وقت إبرام العقد ودون انتظار لنتيجة القسمة أن يطلب ابطال العقد بالنسبة الى حصص الشركاء فقط أو أن يطلب ابطاله كله لعدم تفرقة الصفقة .

وظاهر أن هذا الرأي أقرب من سابقه الى القواعد العامة وأدعى الى استقرار المعاملات من حيث أنه يجعل بالفصل في صحة التصرف أو عدمه ولا يطيل تعليقه .

وقد أشارت محكمة النقض الى هذا الخلاف في حكمها الصادر في ١٦ يونيه

(١) استئناف مصر ٢٤ أبريل ١٩٤٠ الحامدة ٢١ - ٤٦ - ٣١ .

١٩٣٢ حيث قاله ، انه وان اختلف الفقه والقضاء في حكم بيع الشريك جزءاً مفروزاً من مال مشاع ، هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه وباطلاً في حصص شركائه ، أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، قائماً وقع اختلافهم هذا في تقدير حكم هذا العقد بين عاقيه . فن ذهب الى اعتباره باطلاً بسبب للشترى حق ابطاله من يوم العقد لما فيه من تفرق الصفقة عليه . ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للشترى سبيلاً على البائع الا بالقسمة وبمخرج المبيع من حصته . أما في تقرير حكم العقد في علاقة المشتري مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه ... فلا خلاف في أنه ...^(١) ،

هذا في ظل التقنين الملغى . فهل حكم التقنين الحالي هذا الخلاف ؟ يبدو أول الأمر أن المادة ٨٢٦ اذ نصت على حق المنصرف اليه حسن النية في ابطال العقد بعد حصول القسمة وعدم وقوع الجزء المفروز الذي ورد عليه التصرف في نصيب البائع ، وسكت عن حقه في الابطال فيما قبل القسمة ، قد اعتمدت الرأي القائل في ظل التقنين الملغى بعدم جواز الابطال قبل القسمة .

ولكن امعان النظر في تاريخ هذا النص يبين أن المشرع لم يقصد به قط هذه النتيجة ، وانما قصد فقط تقرير مبدأ الحلول العيني علاجاً للضرر التي ترتب على أثر القسمة الكاشف بعد وقوع القسمة .

وظاهر أن الحلول العيني لا يتضح أثره الا بعد القسمة . أما قبل ذلك وما دام الشيوع قائماً ، فان كل واحد من الشركاء يملك حصته شائعة في كل جزء من المال الشائع ، واذا باع أيهم جزءاً مفروزاً قائماً ببيع بذلك فوق حصته الشائعة في هذا الجزء . حصص شركائه فيه أيضاً ، ويعتبر البيع وارداً

على ملكه فيما يتعلق بحسته وعلى ملك الغير فيما يتعلق بمحصول شركائه :
 فيجوز للمشتري ، سواء علم بأن البائع لا يملك المبيع مفروزا أو لم يعلم ،
 أن يطلب قبل القسمة ابطال البيع فيما يتعلق بمحصول الشركاء على الأقل
 وفقاً للمادة ٤٦٦ أو يطلعه كله لعدم تفريق الصفقة . وعما يعزز القول بذلك
 أن المادة ٨٢٦ اعترفت بالتصرف إليه حسن النية بحق ابطال التصرف بعد
 القسمة ، فلا بد أن يكون البطلان قائماً من قبل القسمة إذ لا تصور أن تجعل
 القسمة العقد الصحيح ينقلب باطلاً ، وإنما تصور العكس أى أن تجعل
 القسمة العقد القابل للإبطال عقداً صحيحاً أو أن تحد من إمكان ابطاله ،
 فيتصور أن يرتب المشرع عليها وعلى تقرير مبدأ الحلول العيني سلب
 المشتري الذي كان يعلم أن البائع لا يملك المبيع مفروزا حقه في ابطال البيع ،
 باعتبار أن تقرير الحلول العيني يزيل عيب بيع ملك الغير ، ولكن لا تصور
 أن يرتب عليهما سلب المشتري الذي كان يجمل حالة الشبوع حقه في ابطال
 البيع للغلط في المبيع إذ أن تطبيق الحلول العيني لا يلغى وقوع المشتري
 في ذلك الغلط .

فيخلص من ذلك أن بيع الشريك حصة مفروزة يكون حكمة قبل القسمة
 حكم بيع ملك الغير فيما يتعلق بمحصول الشركاء الآخرين على الأقل ، فيجوز
 للمشتري ابطاله سواء كان عالماً بالشبوع أو غير عالم ، ولكن يشترط
 في الحالة الأولى أن يطلب المشتري ابطال البيع قبل حصول القسمة ،
 والا سقط حقه في ذلك خلافاً للمشتري حسن النية . وليس للبائع بمقتضى
 أحكام بيع ملك الغير أن يطلب ابطال العقد بأى حالة . غير أنه إذا رفع
 المشتري دعوى صحة العقد ونفاذه ، لم يحرم الحكم له بذلك لأننا رأينا أن من
 شروط هذه الدعوى أن يكون العقد صحيحاً وأن يكون تنفيذ التزام البائع
 بنقل الملكية ممكناً ، وفي حالتنا يتفرد نقل ملكية حصص سائر الشركاء
 في المال الشائع إلى المشتري فيمتنع الحكم له بصحة العقد ونفاذه إلى أن

تحصل القسمة^(١).

أما بعد القسمة ، فإن وقع المبيع في نصيب البائع صح البيع وفقد . وإن وقع غيره في نصيب البائع ، وجب أن تفرق بين المشتري العالم بالشبوع والمشتري غير العالم وكان للأخير دون الأول حق الإبطال .

٣١٢ - (٢) بالنسبة إلى شراء البائع - قيل القسمة يكون التصرف الوارد على الحصة المفروزة نافذا في حق شركاء البائع فيما يتعلق بحصة الأخير وغير نافذ في حقهم فيما يتعلق بمحصولهم ، فيترتب عليه أن يحمل المشتري في الجزء المفروز على البائع إليه فتكون له حصته الشائعة فيه ، وبمعتبر هو لا البائع شريكاً لسائر الشركاء ، له ما لهم وعليه ما عليهم . ولذلك لا يجوز لهم أن ينزعوا منه هذا الجزء ولا أن يرفعوا عليه دعوى الاستحقاق ، لأن ذلك يقتضى أن تكون الملكية خالصة لهم وأن لا يكون للمشتري أى نصيب فيها . وهذا لن يتحقق إلا بتام القسمة ووقوع الجزء المبيع مفروزاً في نصيب غير البائع والمشتري . ولذلك قضت محكمة النقض بأنه في تقرير حكم العقد في علاقة المشتري مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه ، سواء أكان هذا المدعى شريكاً في المال المشاع ، أم متلقياً ملكه من شريك فيه على المشاع ، لا خلاف في أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق في المبيع إلا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع إلى ذلك المشتري . وكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه خليفاً بأن تحكم

(١) في هذا المعنى قضت مدني ٢ ديسمبر ١٩٦٥ بحكومة أحكام التمس ١٦-١١٧٧-١٨٤ وقد جاء فيه أنه لا يجوز للمحكم للمشتري صحة وغاذا البيع عن قدر مفروز إذا كان المبيع شائناً ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع في نصيب البائع له . لتتضح هذه القسمة ، ذلك أن البائع لم يكن يملكه موضع يده مفزراً على حصته قبل حصول القسمة إلا برضاء باقي الشركاء جيباً ولا يمكن أن يكون للمشتري حقوق أكثر مما كان لملكه ولأن القضاء بالتسليم في هذه الحالة يترتب عليه إفراز جزء من المال الشائع بين الطرفين وفق رغبة القانون .

المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه (١) .

ولكن ذلك لا يمنع الشركاء من مطالبة المشتري بأن يتفق معهم على كيفية الانتفاع بالجزء الذي ورد عليه البيع باعتبارهم شركاء فيه على الشيوع (٢) ومن مطالبهم إياه بقسمة هذا الجزء اتفاقاً أو قضاء .

ومن المسلم أن عقد المشتري يعتبر سياً صحيحاً يسمح له متى حاز المبيع بحسن نية أن يملكه بالتقادم القصير أى بمضى خمس سنوات (٣) .

أما بعد القسمة فيختص كل من الشركاء بما وقع في نصيبه ، ولا يأخذ المشتري إلا نصيب البائع اليه في حدود ما اشتراه منه ، ولا يكون له إذا لم يقع الجزء المفروز الذي اشتراه في نصيب البائع اليه بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء ذاته طالما أن القسمة وأن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفروز المعقود عليه الى النصيب الذي اختص به البائع اليه بموجب تلك القسمة (٤)

٣١٣ - ما يتقيد به المالك على الشيوع عند التصرف في مقره بعد إجراء القسمة وقبل تسجيلها - متى تمت القسمة أحدثت أثرها فيما بين المتقاسمين

(١) قس مدني ١٦ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٣-١٦١-٦٤، قس مدني ٢٨ يونيه ١٩٥٦ بمجموعة أحكام القس ٧ - ٧٦٠ - ١٠٧ - ٣٠ يونيه ١٩٥٥ بمجموعة أحكام القس ٦ - ١٣٤١ - ١٨٠ .

(٢) استئناف مصر ٢٤ أبريل ١٩٤٠ المحاماة ٢١-٤٦-٣١ .
(٣) قس ١٦ يونيه ١٩٣٢ المشار اليه أعلاه ، وأيضا قس مدني ١٦ أكتوبر ١٩٥٨ المحاماة ٣٩-٨٦٤-٢٩٩ بمجموعة أحكام القس ٩-٦٥٥-٨٧ وقضايا فيه أن قضاء هذا الحكم قد استقر على أنه إذا باع الغير نصف المقتاع جزءاً مفزراً محدوداً فإن نصيبه يصلح لأن يكون سياً صحيحاً يملكه به المشتري المبيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر حسن النية ، ذلك أن هذا البيع يظل الملك بطبيعته ولقائه وحصر الخطر عن كون البائع مالكا للشيء كله أو بعضه .
فلو مكن ذلك لفرأى من ١٩٤٠-١٣٣ .

(٤) قس مدني ٢ أبريل ١٩٦٤ بمجموعة أحكام القس ١٥-٥٠٣-٨١ .

دون توقف على شهرها ، لأنها من العقود المقررة التي لا يلزم فيها الشهر إلا الاحتجاج بها على الغير .

ومؤدى ذلك أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتقاسمين الذين اشتركوا فيها دون حاجة الى شهرها^(١) أى أن كلا من المتقاسمين يصبح في علاقته بسائر المتقاسمين مالكا دون غيره الجزء المقرز الذى وقع في نصيبه ، وذلك بأثر رجعى يستند الى تاريخ بدء الشبوع .

فإذا أراد أحدكم أن يتصرف في حقه تعين عليه أن يقصر تصرفه على التنصيب المقرز الذى خصه بموجب القسمة ، لأنه اذا تصرف في جزء مفروز جعلته القسمة من نصيب غيره ، كان تصرفه وارداً على ملك الغير ، وعاجزاً بالتالى عن أن ينقل الى المتصرف اليه الحق موضوع التصرف ، وجاز للمتقاسم الذى ورد التصرف على ملكه التمسك بعدم فإذا هذا التصرف في حقه ، وللتصرف اليه طاب ابطال التصرف .

وعلى ذلك فإذا تصرف الشريك المتقاسم بعد القسمة وقبل تسجيلها في الجزء المقرز الذى آل اليه بموجب القسمة ، كانت القسمة حجة على المتصرف اليه ولم يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها^(٢) ، اما على أساس أنه لا يعتبر من الغير في حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى لأنه قد تلقى حقه على أساس القسمة التي تمت لا على أساس أن الشبوع ما زال قائماً ، واما على أساس أنه بشرائه الجزء المقرز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارضعها^(٣) .

(١) قطن مدنى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام القطن ١٧-١٢-٤٤٠٥٨ .

(٢) ومن باب أولى يكون الأمر كذلك اذا سجل التصرف بعد تسجيل القسمة ، ولا يشترط ذلك حجة على صورة .

(٣) قطن مدنى ١٥ يناير ١٩٥٩ مجموعة أحكام القطن ١٠-١٣-٩٠ - وأيضاً قطن

مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام القطن ١٦-١٢٢-١٥١ .

أما إذا تصرف في جزء مفروز غير الجزء الذي وقع في نصيبه بمقتضى القسمة غير المسجلة ، فإن المتصرف إليه لا يتلقى حقه على أساس القسمة ، اذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع إليه ، وإنما على أساس أن الشيوع ما زال قائماً رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فإنه اذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر من الغير ولا يحتاج عليه بالقسمة التي تمت ويكون له اذا لم يرتضها أن يطلب إجراء قسمة جديدة^(١) .

وكذلك من باب أولى اذا تجاهل أحد المتقاسمين القسمة وتصرف في حصته شائعة بالرغم من حصول القسمة غير المسجلة ، فإن المتصرف إليه يعتبر متى قام بشهر تصرفه قبل شهر القسمة غيراً بالنسبة إليها ، فلا يجوز الاحتجاج بها عليه ، ويجعل محل سلطه في حقوقه الشائعة ويصبح شريكاً في العقار الشائع وبالتالي صاحب شأن في قسمة العقار ، ويكون له أن يطلب إجراء قسمة جديدة يشترك هو فيها .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه اذا اشترى من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعاً وبجمل عقده قبل تسجيل عقد القسمة اعتبر المشتري من الغير ، وبالتالي لا يحتاج عليه بهذه القسمة ، يستوى في ذلك أن يكون شراؤه سابقاً على إجراء القسمة أم لاحقاً لها ، ويصبح في الحالين شريكاً في للعقار الشائع بقدر الحصة التي اشترىها ، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجري بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقاً ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة اذا لم يرتض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفاً فيها^(٢) .

الفصل الثالث

بيع الحقوق المتنازع عليها

٣١٤ - تعريف بيع الحقوق المتنازع فيها وعلمه - يعتبر البيع وارداً على حق متنازع فيه إذا كان عمله مجرد ادعاء حق شخصي أو حق عيني أو كان موضوع الحق المبيع قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي (المادة ٤٦٩ فقرة ثانية مدني) .

وقد تقدم أن الحقوق المتنازع فيها لا يجوز للقضاة وأعوانهم شراؤها إذا كان الفصل في المنازعات المتعلقة بها من اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (المادة ٤٧١ مدني) ، وأنه لا يجوز للبحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في هذه الحقوق إذا كانوا هم الذين يتولون البتاع عنها (المادة ٤٧٢ مدني) .

ويترتب على أن المبيع مجرد ادعاء حق أو أنه حق رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جدي ، أن المشتري يكون ساقط الخيار لأنه قبل أن يخطر بما يبيذه في البيع من ثمن وأن البائع لا يكون ملزماً بضمان التعرض والاستحقاق (١) (في هذا المعنى المادة ٤٤١/٣٥٣ مدني قديم) . والغالب أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، فتتبع في بيعه أحكام حوالة الحقوق . غير أن المشرع قد رتب حكماً خاصاً على كون المبيع متنازلاً فيه أذ نص في المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدني على أنه ، إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هورد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من

(١) في هذا المعنى الجنوري في الوسيط ج ٤ ، بند ٢٠٣ .

وقت الدفع ، ، أى أنه جعل للتنازل ضده عن الحق المتنازع فيه رخصة التخلص من هذا الحق بمقابل رده الى المتنازل اليه التمن الذى دفعه وملحقاته.

فاذا كان الحق المبيع حقاً شخصياً فان المدين به يجوز له أن يتخلص من هذا الدين بأن يحل محل المشتري في شرائه فيصبح دائناً ومديناً لنفسه فينقضى دينه باتحاد الذمة . واذا كان المبيع حقاً عينياً فان استرداده يكون شراء فيه معنى الصلح بين الطرفين اللذين نشأ النزاع بينهما قبل بيع الحق المتنازع فيه .

وحكمة الترخيص للتنازل ضده باسترداد الحق المبيع من المتنازل اليه ، هي الرغبة في منع المضاربة وفي وضع حد للنزاعات ، اذ أن من يشتري حقاً متنازلاً عليه يغلب فيه أن يكون مضارباً على احتمال كسب الدعوى المتعلقة بهذا الحق ، وليس هذا النوع من المضاربة مما يستحق التشجيع ، بل بالعكس من ذلك تجب محاربته لأن من شأنه أن يوسع المنازعات وأن يدخل فيها عناصر غريبة عنها لا م لها الا الربح منها . وليس أجدى في محاربتها وقصر شرها من الترخيص لكل من طرفي المنازعة ببيع حقه والترخيص للطرف الآخر الذى لم يبيع حقه بأن يسترد من المشتري الحق المبيع وأن يحل فيه محله ، فيضع بذلك حداً للنزاعة (١) .

٣١٥ - متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه - في القانون الفرنسى لا يجوز استرداد الحق المبيع الا اذا كان موضوع هذا الحق قد رفضت به فعلا دعوى أمام القضاء (المادة ١٧٠٠ مدنى فرنسى) . أما في القانون المصرى ، فقد نصت المادة ٤٦٩ مدنى على جواز استرداد الحق المبيع اذا كان موضوعه قد رفضت به دعوى أو اذا قام في شأنه نزاع جدي ، أى أنها لم تقصر حق المتنازل عن دفع استرداد الحق المتنازل عنه على الحالة التى يكون فيها هذا الحق الأخير محل دعوى مرفوعة فعلاً ، بل أجازت الاسترداد

(١) في هذا الحق الشهورى في المرسى بحدثة ١٠٤ ، ولا يرى لاجلهم وسبب

نحوه قيل نزاع جدى في شأن الحق المتنازل عنه . ويعتبر في هذا النزاع ان يكون متعلقا بموضوع الحق بالذات ، أى بشيء الحق أو باقتضائه أو بماده أو بمقداره أو بدفع موضوعه ، يرمى الى ابطال الحق أو انقضاءه (١) .

على أنه لا يجوز الاسترداد ولو كان الحق المتنازل عنه محل دعوى مرفوعة فعلا أو محل نزاع جدى في الأحوال الآتية :

(١) اذا كان المقتضى غير عالم وقت البيع بالنزاع للتعلم بالحق المبيع ، لأنه في هذه الحالة تنبئ عنده فكرة المضاربة على تشريع حق الاسترداد (٢) .

(٢) اذا كان النزول عن الحق دون مقابل ، اذا اشترطت المادة ٤٦٩ مقررته أولى في جواز الاسترداد أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حاصلًا بمقابل (٣) ، أما اذا كان حاصلًا على سبيل التبرع فلا يجوز فيه الاسترداد لانعدام الحكمة منه ، حيث ان التبرع ينفي فكرة المضاربة التي شرع الاسترداد لمخاربتها (٤) ، الا اذا كانت هبة الحق المتنازع فيه بموضع وكان هذا الموضع يبلغ من الأهمية ان يحصل النزول عن هذا الحق بمقابل ، فيجوز فيه الاسترداد (٥) .

(١) في هذا المعنى الشهورى في الوسيط ج ٤ ص ١٩٨ حاشى ٣ ، نفس مدنى ٧ أبريل ١٩٣٨ نفى أحكام النفس في ٢٥ سنة ص ٣٦٨ نية ١٣٨ ، أوبرى ورو ج ٥ نية ٣٥٩ وأباً ص ١٧٨ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية في مجموعة الأبحاث التمهيدية ج ٤ ص ٢٥٤ ، ونفس مدنى ٢٦ أبريل ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٣٨٩-١٧٨ ، وفي هذا المعنى منصور نية ١١٨ ص ٢٧٠ ، اسماعيل غام ص ٢٢٨ ، ليب شب نية ٢٣٥ ص ٢٨٤ ، وعكس فقه الشهورى في الوسيط ج ٤ ص ١٩٩ حاشى ٣ .

(٣) يرى البعض أنه يجب أن يكون التصرف في الحق المتنازع فيه سبباً لا يبرأى نية (٤٠٦ ص ٥٩٣) ، ولكن الراجح أنه يمكن أن يكون التصرف بمقابل ولو لم يكن سبباً للمقابلة والمالية بوض (انظر منصور نية ١١٨ ص ٢٦٨ ، اسماعيل غام ص ٢٨٠ ، ليب بنيد ص ٢٨٤) ، ومن هذه الرأى الأئمة الشهورى ولكنه يفرق أن يكون المبالى تبادلاً أم اختيارية (الوسيط ج ١ نية ١٥٥ ص ٣٥٠) .

(٤) أنور سلطان ص ١٩ حاشى ١ ، امام ص ٤٧٦ نية ٢٩٠ ، منصور نية ١١٨ ص ٢٧٨ ، اسماعيل غام ص ٢٢٩ ، ليب شب نية ٢٣٥ ص ٢٨٤ .

(٥) الشهورى في الوسيط ج ٤ ص ٢٠٠ .

(٣) إذا كان الحق المتنازل فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال يمتد جراًها بشئ واحد كما في بيع التركة ، فإن الحق المتنازل فيه يفقد ذاته في هذه الحالة وتندم بمقتضى فكرة المضاربة .

(٤) إذا كان الحق المتنازل فيه شائناً بين ورثة أو ملك وبيع أحدهم نصيبه إلى الآخر ، إذ يفتل في هذه الحالة أن يكون دافع المشتري إلى الشراء اضطراره إلى ذلك بحكم اشتراكه في الميراث أو في الشيوع حتى يمنع دخول شريك جديد معه ويقلل عدد شركائه وفرص الخلاف في شأن المال الشائع ، فتكون فكرة المضاربة منعممة .

(٥) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وقاه للدائن المستحق في فتنه ، فإن البيع يكون في هذه الحالة وقاه بمقابل فتندم فيه فكرة المضاربة إذ أن المتنازل إليه يقصد أن يستوفي حقه أكثر من أن يشتري حقاً متنازلاً فيه .

(٦) إذا كان الحق المتنازع فيه يشغل عقاراً مرهوناً تأمناً له وبيع العقار إلى آخر ثم اشترى هذا الأخير الحق المتنازع فيه ، فإن حاز العقار ، أى مشتري العقار المرهون ، يكون في هذه الحالة متقبلاً شراً أكثر منه مضارباً^(١) .

وقد نصت على أربع الحالات الأخيرة المادة ٧٠ مدنى .

٣١٦ - كيف يكبره الاسترداد - يتم استرداد الحق المتنازع فيه بإعلان المتنازل ضده رغبته في الاسترداد ، سواء كان ذلك بعمل قضائى أو بعمل غير قضائى .

(١) ولا محل لاسترداد الحق المبيع المتنازع فيه إذا بيع لأحد رجل القضاء أو أموالهم خلافاً للخطر الوارد في المادة ٤٧١ مدنى ، إذ في هذه الحالة يبيع البيع لطلد ، أى أنه يبيع كائن لم يكن ، فيفقد الحق في الاسترداد أي شروطه وهو عدوه يبيع صحيح على الحق المتنازع فيه (في هذا الحق اليهودى في التوسيط ج ٤ ص ٢١٣) .

فإذا كان الحق المتنازع فيه محل دعوى مرفوعة على المتنازل ضده ،
يجاز له أن يتقدم في تلك الدعوى بطلب استرداد الدين ، على أن يوجه
الطلب الى المتنازل اليه ان كان مائلا في الدعوى أو يدخله فيها لتوجيه هذا
الطلب اليه . فان لم تكن الدعوى قد رفعت أو كانت قد رفعت وصدر فيها
حكم لم يحر بعد قوة الأمر المقضى ، جاز للمتنازل ضده توجيه طلب الاسترداد
الى المتنازل اليه في دعوى يرفعها عليه ابتداء في الحالة الأولى أو بسلوك سبيل
العلمن في الحكم الابتدائي في الحالة الثانية^(١) .

ويجوز طلب الاسترداد في أى وقت طالما أن الحق المتنازع فيه لم يفصل
فيه بحكم نهائي .

وقد نصت المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدنى على أن للمتنازل ضده أن يتخلص
من المطالبة اذا ورد الى المتنازل له الثمن الحقيقي الذى دفعه مع المصروفات
وفوائد الثمن من وقت الدفع . وكانت المادة ٤٤٢/٣٥٦ مدنى قديم تنص على
أنه يجوز للمدين أن يتخلص من الدين المبيع بدفعه للمشتري الثمن الحقيقي
الذى اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة ، وقد استنبط البعض من
ذلك أن الاسترداد لا يتم الا اذا دفع المشتري فعلا الثمن وملحقاته أو على
الأقل اذا عرض هذه المبالغ عرضاً حقيقياً أتبعه بإبداعها ، ولكن الرأى
الذى رجح في هذا الشأن كافى شأن استرداد المبيع وفاء أنه يكفي اعلان الرغبة
في الاسترداد مع ابداء الاستعداد لدفع المبالغ المطلوبة . ولكن القانون الحالى
قد حسم هذا الخلاف بأخذه صراحة بالرأى العكسى حيث نص على أن
يتخلص المتنازل ضده من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يتم الا اذا رد هذا
الأخير الى المتنازل له الثمن والمصروفات والفوائد . فيتمين أن يرد المدين

(١) وإذا كان المتنازل اليه قد زال بمحوه الى آخر من الحق المتنازع فيه فيكون
توجيه طلب الاسترداد الى هذا الآخر الذى انقل الى الحق بالمتنازل الثانى .

الى المتنازل له الثمن الحقيقي الذى دفعه هذا فى مقابل التنازل . فإذا ثبت أن الثمن الذى ذكر فى التنازل ثمن صورى أى أن الطرفين لم يقصدا أن يدفعه المتنازل له الى المتنازل وإنما قصدا أن يدفع مبلغاً أقل منه ، فلا يلزم المتنازل ضده أن يرد الا هذا المبلغ الأخير الذى يمثل الثمن الحقيقي للتنازل . ويتعين أن يدفع المتنازل ضده الى المتنازل اليه الفوائد القانونية (بصرى / فى المواد المدنية أوه / فى المواد التجارية) من الوقت الذى دفع فيه هذا الأخير الثمن الحقيقي .

يضاف الى ذلك مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه كرسوم العقد الرسمى أو رسوم التصديق على الامضاءات ورسوم التفتة وأتعاب السمسرة وأتعاب المحامى الذى تولى عقد التنازل الخ^(١) .

ولايتم الاسترداد الا اذا دفع المتنازل ضده هذه المبالغ جميعاً أو قام بعرضها عرضاً حقيقياً طبقاً لأحكام قانون المرافعات . أما اكتفاؤه بأبداء رغبته فى الاسترداد واستعداده لدفع المبالغ المذكورة فلا يفيد ولا يبقى عن دفعها فعلاً .

٣١٧ - آثار استرداد الحق المتنازع فيه - يترتب على الاسترداد أن يحل المسترد محل المتنازل اليه فى الصفقة التى عقدها هذا مع المتنازل ، ويكون - لموله بأثر رجعى ، فيعتبر المسترد متلقياً للحق المتنازل عنه مباشرة من المتنازل ويعتبر المسترد منه أنه لم يملك هذا الحق فى أى وقت من الأوقات . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) وإذا قسم طلب الاسترداد بعد تنازل المتنازل اليه الأول الى آخر ووجه الى هذا الأخير تبين على المسترد أن يرد الثمن الذى بذله هذا بقطع النظر عن الثمن الذى دفعه المتنازل اليه الأول ، وكذلك مصروفات التنازلين وفوائد المبالغ التى دفعها المتنازل اليه الثانى من وقت دفعها .

(١) في العلاقة ما بين المسترد والمسترد منه يحل الأول على الثاني في المصلحة دون أن يعتبر خلقاً له ، فلا تنفذ قبل المسترد تصرفات المسترد منه في الحق المتنازل عنه في الفقرة ما بين البيع والاسترداد ولا المحجوز للوفقة على هذا الحق في فمة المسترد منه^(١) ، ويجب على المسترد أن يرد الى المسترد منه ثمن البيع وملحقاته اذا كان المسترد منه قد دفع الثمن الى البائع ، والا جاز للمسترد أن يدفعه مباشرة الى البائع على أن يكون ذلك فوراً .

(٢) وفي العلاقة ما بين المسترد والبائع يكون للأخير حسب الرأي الراجح اذا لم يكن قد قبض ثمن البيع من المسترد منه أن يطالب المسترد مباشرة بهذا الثمن أى أنه تكون له دعوى مباشرة قبل المسترد ، لأن هذا لا يعتبر خلقاً خاصاً للمسترد منه وتصبح العلاقة مباشرة بينه وبين البائع^(٢) ، ويكون البائع ملزماً بالضمان قبل المسترد لا قبل المسترد منه اذا كان عقد البيع يلزمه بالضمان ، كما لو كان البائع دائماً ظاهراً أو وارثاً ظاهراً ثم طالب الدائن أو الوارث الحقيقي بالحق المتنازع فيه بعد التنازل عنه وحصول الاسترداد .

(٣) وفي العلاقة ما بين البائع والمسترد منه يجوز للأخير اذا لم يكن قد دفع الثمن أن يدخل البائع في دعوى الاسترداد وأن يطالب في مواجهته بتقرير برامة فتمته من الثمن وانتقال الالتزام به الى فمة المسترد . فان لم يدخله في الدعوى ، بقى البائع دائماً للمسترد منه بالثمن المتفق عليه وجاز له مطالبة به دون المسترد .

(١) في هذا المعنى كولان وكايجان الطبعة الثامنة ج٢ فقرة ٦٢٥ من ٥٦٧ .

بفصل الرابع

بيع التركات

٣١٨ - تعريف بيع التركات ويأيه صفة هو محالة - يعتبر البيع وارداً على تركه أو على استحقاق في تركه إذا باع الوارث الذي آلت إليه كل التركة أو بعضها إلى وارث آخر أو إلى أجنبي عن التركة جميع - فوفقه فيها . فإن باع الوارث نصيبه كله في التركة إلى باقي الورثة ، كان ذلك تخارجاً من التركة لصالح أولئك الورثة^(١) .

والمفروض في هذا البيع أن التركة حاضرة لا مستقبلية أي أن البيع حاصل بعد وفاة المورث لا قبله لأن بيع تركه انسان على قيد الحياة باطل لوروده إلى تركه مستقبلية (المادة ١٣١/٢ مدني) .

والمفروض كذلك أن في التركة بعض الحقوق على الأقل^(٢) ، لأنه إذا لم يكن فيها غير الديون فلا محل لبيعها . ولا يكون البيع وارداً على هذه الحقوق بذواتها ولكنه يشملها في جعلتها باعتبارها هي والديون التي على التركة بمجموعة قانونية واحدة .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمفروض التبعي للمدني أن بيع الوارث نصيبه من التركة هو بيع لمجموع من المال ، بما يقتل عليه من حقوق وديون . وهو أهم من التنازع الموقوف في الميراثية الإسلامية ، فإن التنازع مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقي الورثة . أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث (مجموعة الأعمال التصديرية ج ٤ ص ٢٠٧) .

(٢) وفي هذا يختلف مع التركة عن التنازع في الميراثية الإسلامية . أنظر نفس مدني ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ فبرسي أحكام التنازع في ٢٥ سنة من ٢٠٠٤ بقية ٤٧ وتعليقاً فيه أنه « وإن كان حكم الميراثية يقتضي بطلان التنازع إذا كان لتركه ديون على الغير ، إلا أن القانون المدني لم يأخذ بذلك ، فإنه قد نص صراحة في المادة ٣٥٠ مدني (مكرر) على أن بيع الاستحقاق في التركة أو (التنازع) يقتل حتماً على بيع ما لها من الديون .

فإذا كانت على المورث ديون ، فإن مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون يقضى بأن الوارث لا يملك لى حق بن حقيقى المورث قبل سداد الديون وما يقتضيه ذلك من تصفية بعض الأموال ، أى أن الوارث لا تكون له فى أثناء ذلك الاحقوق احتمالية تتوقف على نتيجة التصفية . غير أن هذه الحقوق الاحتمالية يجوز له بيعها . ويكون البيع فى هذه الحالة ذا صبغة احتمالية بارزة^(١).

ويكون البيع احتياطياً أيضاً ولو تم بعد التصفية أو كان وارداً على تركة غالية من الديون ، لأن بيع التركة لا يقتضى بيان عناصرها المكونة لها على سبيل الحصر . اذ هو يشمل كل ما يدخل فى التركة ولو كان دخوله فيها غير معلوم بصفة مؤكدة وقت البيع .

٣١٩- محل بيع التركة - يرد بيع التركة أو بيع الحصة الشائعة فى التركة على كافة حقوق المورث وديونه التى خلفها وقت موته ، ما عدا الأشياء المتعلقة بشخصه كالصور والتذكارات العائلية والأوسمة والنياشين الخ ، ولو تم البيع بعد حدوث تغييرات فى محتويات التركة زيادة أو نقصا . فإذا كان البائع قد استوفى بعض حقوق التركة قبل البيع أو سدد بعض ديونها ، فإن بيع التركة يشمل هذه الحقوق والديون ، ويتمين على البائع أن ينقل الى المشتري ما بقى أن حله ويحق له أن يتقاضاه ما يكون قد سدده من ديون التركة .

غير أنه يجوز للمتاعدين أن يتفقا صراحة أو ضمناً على اخراج أى عنصر من عناصر التركة من البيع المذكور . ولا شك فى أنها فى هذه الحالة سيرايعان ذلك فى تقدير الثمن ، فيجوز مثلاً أن يتفقا على أن يحتفظ البائع بما حله من حقوق التركة أو بما قبضه من ممتلكاتها أو ثمن ما باعه من أموالها

(١) المذكرة الايضاحية فى الموضع السابق ، منصور بنده ١٧٦ ص ٢٨٦ ، لبيب شلب بنده ٢٤٨ ص ٣٠٢ .

أو على أن لا يرد قيمة ما تبرع به من أمواله^(١).

٣١٩ - آثار بيع التركة: (١) فحايين الماعدين - يترتب على بيع التركة فيما بين الماعدين: (أولاً) نقل الحقوق الداخلة في التركة من البائع الى المشتري، و (ثانياً) التزامات على البائع وأخرى على المشتري.

٣٢٠ - (١) انتقال حقوق التركة الى المشتري - ولأن هذا البيع وارد على التركة كلها أو على حصة شائعة منها باعتبارها مجموعاً من الأموال، فإنه ينقل بذاته ملكية التركة أو الحصة المبيعة الى المشتري من وقت انعقاده، فيحل المشتري محل الوارث البائع في حقه في تلك التركة كجموعة من الأموال^(٢) دون أن يحل محله في صفة الوراثة لأن هذه الصفة مما يتصل بالشخص ولا يرد عليها التعامل^(٣). فيصبح من يشتري حصة في تركه شريكاً لباقي الورثة في مجموع هذه التركة دون حاجة في ذلك الى أى إجراء خاص كالسجل بالنسبة للعقارات أو اعلان الحوالة بالنسبة للحقوق الشخصية. ويترتب على ذلك أن المشتري يصبح صاحب حق في التركة بنسبة النصيب

(١) استئناف مصر ١٩ فبراير ١٩٣٠ المحاماة ١٠ - ٨٥١ - ٤٢٩.

(٢) السنبورى في الوسيط ج ٤ بذة ١٣١ ص ٢٤٣. ويترض الأستاذ لبيب شنب حل ذلك ويرى فيه تناقضاً مع القول بأن الملكية لا تنتقل في كل حق على حدة الا بالتخاذ الاجراءات التي يتطلبها القانون لذلك، اذ أن ذلك يجعل انتقال التركة بمجرد العقد عديم الفائدة، ويقول ان التركة لاكية لها الا بالأموال التي تدخل في تكوينها، فإذا كانت هذه الأموال لا تنتقل الى المشتري، فما قيمة انتقال التركة؟ (لبيب شنب بذة ٢٥٠ ص ٣٠٥). ونحن لا نرى وجها للاعتراض على ما بيناه في المتن. وقد أوضحنا فيما على ثمرة القول بأن التركة أو الحصة المبيعة تنتقل من البائع الى المشتري بمجرد العقد، فوق ان هذا القول في ذاته هو الذي يخلق مع المادى الباطلة.

(٣) السنبورى في المرجع السابق ص ٢٤٣ هامش ٢. فإذا كان المورث قد رتب حقوقاً لوارث بحقه وارثاً ولكنه جعلها تنقلاً مباشرة في ذمة الوارث دون أن يمر بذمته هو كافي للاشتراط أو التأمين لمصلحة الوارث. فان هذه الحقوق تبقى لوارث بالرغم من بيعه التركة أو نصيبه فيها لأنها لا تنتصر جزءاً من التركة وان ثبتت لوارث بحقه وارثاً (انظر السنبورى في المرجع السابق، البدواوى بذة ٤١٤ ص ٦٠٤).

الذى اشتراه، فيلزم اشتراكه أو تمثيله في كل دعوى يرفضها دائن المورث على الورثة أو يرفضها الورثة على مدين المورث وذلك لأنه صار بالبيع خلفا للوارث البائع، وانقطع تمثيل هذا الأخير للتركة وأصبح المشتري هو الممثل لها في حدود النصيب الذى اشتراه .

ويتم انتقال الحق في التركة أو في نصيب منها من البائع الى المشتري بمجرد البيع سواء فيما بين الطرفين أو بالنسبة الى سائر الورثة أو الغير .

فإذا رفع دائن التركة الدعوى على الوارث البائع بعد البيع، جاز لهذا الوارث دفعها بأنعدام الصفة وجاز للمشتري التدخل فيها وطلب رفضها موضوعا . غير أنه يشترط لقبول ذلك منها ثبوت تاريخ البيع قبل رفع دعوى الدائن وذلك تطبيقاً للمادة ٣٩٥ مدنى .

هذا فيما يتعلق بانتقال الحق في التركة أو الحصة المبيعة كجموع من الأموال . أما فيما يتعلق بانتقال الحق في مفرداتها كل منها على حدة، فيسرى ما تقضى به القواعد العامة في شأن كل منها، وفي هذا تقول المادة ٤٧٤ مدنى «إذا بيعت تركة فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة، فإذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضا أن تستوفى هذه الاجراءات». والمقصود بالحق في هذا النص ليس الحق في التركة أو في الحصة المبيعة كجموع؛ بل كل حق على حدة من مفردات تلك التركة .

فإذا كانت في التركة منقولات مادية انتقلت ملكيتها الى المشتري بمجرد العقد في حدود الحصة المبيعة دون حاجة الى أى اجراء خاص أو تسليم أو غيره، وذلك سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير . فيصبح المشتري وارثا لباقي الورثة في كل منقول داخل في التركة ويموز له بهذا الوصف أن يطالبهم بقسمة المنقولات قسمة نهائية أو قسمة مهايأة .

أما العقارات الداخلة في التركة، فلا تنتقل ملكية كل منها الى المشتري

حتى في علاقته بالوارث البائع إلا بتسجيل عقد البيع مع ما يثبت دخول كل من هذه العقارات في التركة فضلا ، كاستخراج رسمي من سجل المكلفات باسم المورث. وإلى أن يتم هذا التسجيل بالنسبة إلى جميع عقارات التركة يكون المشتري مالكا للحق في التركة أو في حصة شائعة منها باعتبارها مجموعا من المال ولكنه لا يكون مالكا للعقار الذي لم يتم تسجيل البيع بالنسبة إليه. فإن باع الوارث هذا العقار إلى مشتري ثان وتمكن هذا من تسجيل عقده قبل أن يتمكن مشتري التركة من التسجيل انتقلت إليه الملكية دون مشتري التركة ولم يكن لهذا الأخير سوى الرجوع بالتعويض على الوارث البائع .

فإذا وجدت في التركة حقوق دائنية ، فتنسب إليها أحكام حوالة الحقوق ، وينقل كل من هذه الحقوق إلى المشتري في حدود النصيب الذي اشتراه في التركة بمجرد العقد ، ولكن انتقاله لا يتخذ قبل المدين ولا إزاء الغير إلا إذا قبل المدين الحوالة في محضر ثابت التاريخ أو أعلن بها وفقا لأحكام المادة ٣٠٥ مدني .

٣٢١ - (٢) التزامات البائع - يلتزم البائع أولا بأن يسلم المشتري مشتملات التركة من عقارات ومنقولات بالحالة التي تكون عليها وقت البيع ، لأن كل زيادة في القيمة عن وقت موت المورث أو نقص فيها بالنسبة لأي من هذه العقارات أو المنقولات يعتبر أنه قد دخل في تقدير العارفين عند تحديد ثمن البيع .

فلا يكون للوارث البائع أن يطالب المشتري بشيء مقابل ما أنفق على بعض أعيان التركة حتى وقت البيع ولا يكون للمشتري أن يطالب البائع بشيء نظير ما أصاب بعض هذه الأعيان من تلف في الفترة ما بين موت المورث وحصول البيع .

ولكن لأن البيع يعتبر واردا على جميع مشتملات التركة وقت موت

المورث ، فانه يشمل جميع الحقوق التي كانت قائمة في ذمة المورث عند وفاته وتجارها ، ولو كان بعضها قد انقضى بالوفاء في الفترة ما بين موت المورث والبيع . ولذلك نصت المادة ١٧٤ مدني على أنه اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة بعدم الرد ، فيلزم البائع بأن يرد الى المشتري ما حصله من الحقوق التي كانت داخلة في التركة وقت وفاة المورث أو التي دخلت فيها بعد ذلك ، فاذا كان الوارث قد حصل ثمار بعض أعيان التركة أو قبض بعض الديون المستحقة لها أو باع منقولاتها ، التزم أن يرد للمشتري قيمة ذلك ما لم يكن قد احتفظ بها صراحة عند البيع .

وهو يلتزم ثانياً بضمان محدود ، ذلك أن عقد بيع التركة ، مع أنه عقد احتمالي لا يترتب عليه في الأصل ضمان ، يلزم البائع أن يضمن على الأقل ورائته لهذه التركة . ويترتب هذا الضمان في ذمته بحكم القانون ، اذ نصت المادة ٤٧٣ مدني على أن « من باع تركة ، دون أن يفصل مشتملاتها . لا يضمن الا بثبوت ورائته ما لم يتفق على غير ذلك » . وظاهر أن هذا النص مقرر لارادة الطرفين فيجوز لهما الاتفاق على زيادة هذا الضمان أو نقصه أو استبعاده استبعاداً تلمأ ، بل يجوز الاتفاق على اعفاء البائع حتى من ضمان ورائته ، وفي هذه الحالة اذا ثبت بعد البيع أن البائع لم يكن وارثاً أصلاً لم يكن للمشتري رجوع عليه الا اذا أثبت أن البائع قد دلس عليه وأوهمه أنه وارث مع عليه بعدم صحة ذلك .

٣٢٢ - (٣) التزامات المشتري - يحل المشتري محل البائع في جميع حقوقه في التركة ، فيتحمل نتيجة التصفية بدلا منه ، وبأخذ نصيبه في صافي الأموال ، ويدفع ما يقابل نصيبه في الأموال التي يراد تفادي بيعها سداداً لديون التركة . واذا كان البائع قد سبق أن سدد

من ماله الخاص شيئاً من ديون التركة أو أنفق عليها مصروفات ضرورية أو نافعة ، التزم المشتري أن يرد الى البائع ما سده من ديون أو ما يستحقه في مقابل ما أنفق من مصروفات ، وإذا كان البائع دائناً للتركة وجب على المشتري أن يسد له دينه أو أن يحاسبه عليه ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك (المادة ٤٧٨ مدني) .

٣٢٣ - (٤) آثار بيع التركة بالنسبة الى الغير — نصت المادة ٤٧٤ مدني على أنه ، اذا بيعت تركة فلا يسرى البيع في حق الغير الا اذا استوفى المشتري الاجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فاذا نص القانون على اجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين وجب أيضاً أن تستوفى هذه الاجراءات .

ولم يتناول هذا النص الا أمر نقل حقوق التركة ، فان كانت تلك الحقوق عينية فان نقلها لا يتم بالنسبة الى الغير الا بشهر البيع ، وان كانت حقوقاً شخصية وجب في نقلها بالنسبة للغير أن يستوفى البيع ما يلزم لذلك في حوالة الحقوق ، أي اعلان مدينى التركة بهذا البيع أو قبولهم اياه في ورقة ثابتة التاريخ .

أما ديون التركة فلا بد من وفائها من أموال التركة .

التفصيل الخامس

البيع في مرض الموت

٣٢٤ — عند أفراد حكم خاص للبيع الذي يصدر من البائع في مرضه موته — الأصل أن الانسان يملك أن يتصرف في جميع أمواله لمن يريد، وأن حرته في ذلك لا يحد منها الا حبه لنفسه وحرصه على ألا يتجرد من ماله حال حياته، فيجوز للمرء أن يبيع أو يهب كل أمواله أو بعضها دون أن يكون لاحد حق مراجعته أو الاعتراض عليه ، لأنه انما يتصرف بذلك في خالص حقه . أما أن احتفظ بأمواله طوال حياته وتصرف فيها كلها أو بعضها تصرفاً لا ينفذ الا بعد موته ، فان هذه التصرفات لا يعود منها عليه أى ضرر طالما انها لن تنفذ حال حياته ، وانما يقتصر أثرها على اخراج المال المتصرف فيه من تركته، فيضار الورثة بذلك من دونه . وهذا هو شأن الوصية .

لذلك فرض المشرعون في أكثر البلاد قيوداً على الحق في الايحاء ، فقيدوا الموصى فيما يجوز له الايحاء به ، وحددوا له قدراً من ماله يكون له فيه حق الايحاء *quotité disponible* وقدراً لا يجوز فيه الايحاء مراعاة لحق الورثة الشرعيين *réserve légitime* بحيث لا تنفذ الوصية اذا تجاوزت القدر الأول الا في حدوده .

فاذا أراد أى شخص أن يتصرف الى غيره تصرفاً بكل ماله أو بما يجاوز منه القدر المأثر الايحاء به لم يكن له من سبيل الى ذلك الا أن يهب غيره هذا المال حال حياته، فتنفذ الحبة في حقه أو لائمه في حق ورثته من بعده . ولم ير المشرع داعياً لتقييد حق الشخص في التبرع حال حياته لأنه قدّر أن حرص المرء

على ألا يحدد نفسه من ماله كقيل بالحد من رغبته في التبرع طالما بقي له الأمل في حياة لا يعرف مداها ، ولكنه قدر أيضاً أن هذا الحرص يزول متى شعر الشخص بدنو أجله وقرب انتقال أمواله إلى ورثته اذ تنطلق حينئذ رغبته في إيتار بعض الناس على ورثته كاهم أو بعضهم ، فيهب الأولين من أمواله أكثر من القدر الذي يجوز له الإيصال به ، فلا تؤثر الحبة عليه تأثيراً يذكر إذا ما مات بعدها بقليل ولكنها تؤثر على حق الورثة بقدر ما تنقص من أموال التركة التي كان يجب أن تقول اليهم لولا هذه الحبة . وظاهر أن أكثر ما يشعر المرء فيه بدنو أجله يكون إذا ما مرض مرضاً تغلب فيه الوفاة ، ويسمى هذا المرض مرض الموت إذا أضى إلى الوفاة فعلاً . لذلك رأى المشرع المصري أن يفرض على التبرع الحاصل في مرض الموت مثل القيود التي قيد بها الوصية ، بل أعطى هذا التبرع حكم الوصية وجعله غير نافذ في حق الورثة فيما يجاوز القدر الجائز الإيصال به إلا إذا أقروه بعد موت المتبرع^(١) . وقد اقتبس هذا الحكم من الشريعة الإسلامية . ولذلك يجب الرجوع إليها في تعريف مرض الموت .

٣٢٥ - تعريف مرض الموت - يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية مرض الموت بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويتصل الموت به فعلاً^(٢) .

ويؤخذ من هذا التعريف ضرورة توافر شرطين في المرض الذي يعتبر مرض موت : الأول أن يغلب فيه الهلاك ، والثاني أن يتصل به الموت فعلاً ، أي أن يموت المريض قبل أن يشفى من مرضه ولو كان موته بسبب

(١) ويلاحظ أنه إذا كانت الوصية سابقة ، أي أنها خلقة بشهادة التبرع إلى ما بعد الموت فلا محل لبحث فيها إذا كانت وصية في مرض الموت أو حال الصحة (عن مدني ٢٣ فبراير ١٩٥٦ مجموعة أحكام المحامي ٢-٢٤٤-٣٤) ..

(٢) انظر الشارح الذي أشار إليه الشارح في التوسيط ج ٤ بقا ١٧٥ ص ٢١٣ ..

آخر غير ذلك المرض^(١). ولا يشترط أن يكون المرض قد أمر على تحسية المرض أو ادراكا^(٢).

ويرجع في تقدير غلبة الهلاك الى رأى الأطباء، ولا يلزم أن يقعد المرض صاحبه ولا أن يعجزه عن القيام بمصالحه خارج البيت أو داخله^(٣)، بل يكفي أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة كالسرطان والسكري والذئبة الصدرية الخ. وأن يعلم المريض ذلك لأن المعول عليه هو ما يبعثه المرض في النفس من شعور بذنو الأجل يحمل المريض على إبرام تصرفات ما كان يبرمها لو لم يشعر بذلك. ويلحق بالمرض من هذه الناحية كل خطر يحيط بالشخص ويجعل موته قرب الاحتمال كالحكم عليه بالاعدام والراكب في سفينة تمسرقه على الفرق والمقدم على تجربة السفر الى القمر أو المريخ في إحدى سفن الفضاء الخ. وتنقضي غلبة الهلاك اذا أزم من المرض وظل على حاله أكثر من سنة دون

(١) قرب السنهوري في الوسيط ج ٤ ص ٣١٤ وما بعدها، وهو يضيف الى هذين الشرطين شرطا ثالثا، هو أن يقعد المرض المريض من قضاء مصالحه المادية المألوفة التي يقوم الاصحاء عادة بمباشرتها.

(٢) قض مدني ٧ يونيو ١٩٥٦ مجموعة أحكام التقاضي ٧-٦٨٧-٩٥، وأيضا قض مدني ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام التقاضي ٢-٨٨-١٧ وقد جاء فيه أن الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس، وإن كانت هي المحسنة التي من أجلها قرر التقاضي، فاعادة أن المرض لا يعتبر مرض الموت إذا طال أمده من سنة الا اذا اشتد، الا أنه لا يسوغ التصديق بحكمة معروجة هذه القاعدة في كل حالة لقول بقواقرها أو اضدادها.

(٣) قارن عكس ذلك السنهوري في الموضع السابق الإشارة اليه، وهو يشعر بالموجود خلاف في الرأى على هذا الصراط ويوسط أوجه الخلاف (ص ٣١٦ و ٣١٥). وبينوا أن محكمة التقاضي تميل الى الأخذ بهذا الصراط اذ تفتى بأن أداء المورث بعض الأعمال في فترات متقطعة من مدة مرضه، ككتفه، بلبثاً من المال وفكره رهنأ حيازياً وحصول هذه الأعمال منه قبل وبعد تحرر البدن المملوك، فيها بصدورها في صرح الموت، فلهذا ليس من شأنه أن يفتى في المصحة الى المحسنة من أن المورث كان في فترة اعداد مرضه فليجأ من بعده المصحة حتى أنه أناب عنه غيره في مباشرتها لأن قيامه بعمل ما لم به لا يمنع من التجاوز فصرح بموته من كان شديداً يطلب فيه الهلاك وانتهى بموته (قض مدني ٢٥ أكتوبر ١٩٥١) مجموعة أحكام التقاضي ٣-١-١٠.

ازدياد^(١)، فلا يعتبر المريض مريضاً من وقت حدوث مغاضات جديدة يغلب معها هلاك المريض وبشرط أن تتصل هذه المغاضات بالموت فعلاً^(٢).

فإذا كان المريض مما يغلب فيه الهلاك، ولكنه لم يتصل بالموت فعلاً، بل شفى منه المريض، فإن ما يتم في أثناءه من تصرفات يأخذ حكم التصرفات التي تتم حال الصحة، ولو كان الواقع أن المريض لم يبرمه إلا لاعتقاده بدنو أجله وذلك لأن حكم تصرف المريض في مرض الموت إنما شرع لمصلحة الورثة لا لمصلحة المتصرف نفسه، فإذا شفى المريض انتفى حق الورثة في العطن في تصرفه والتزم المتصرف بما أبرم من تصرفات حال مرضه.

(١) هني مدني ٢١ أبريل ١٩٥٥ مجموعة أحكام النفس ٦-١٠٤٠-١٣٢ ولد جاء فيه أن من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت هل ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المريض مما يغلب فيه الهلاك ويقرر المريض فيه بدنو أجله وينتهي بوفاته. فإذا استطل المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مما يمكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه، وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة، ولا تمد حالته من حالات مرض الموت إلا في فترة زيادتها واشتداد وطأتها، إذ البيرة بخرة الشدة التي تعيق الوفاة.

وفي هذا المعنى أيضاً نفس ٥ مايو ١٩٥٢ مجموعة أحكام النفس ٣-١٠٤٨-١٥٨.

(٢) قضت محكمة للنفس بأن المبرة في اعتبار المرض الذي يطول أمده من سنة مرض موت هي بمحصول التصرف خلال فترة تزايد واشتداد وطأته على المريض للدرجة التي يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بوفاته (نفس مدني ١١ يونيو ١٩٥٩ مجموعة أحكام النفس ١٠-٤٧٦-٧٤)، وبأن المرض الذي يطول أمده من سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته، وهو لا يعتبر كذلك إلا في فترة العدة المقررة. وحكمة ذلك أن في استطاعة المريض على حالة ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالألوف من قاداته وأن فيما قد يصيبه من شدة ما يطعمه الرجاء ويغمره بدنو أجله، وما يعتبر بهما الوتف كذا لمرض نحو من الأمور الموضوعية التي لا تقلل بصيرتها على الموضوع، ولا تتغير للجللة فيه أمام محكمة النفس (نفس مدني ٢٢ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفس ٣-٤٨-١٧).

وكذلك إذا مرض الشخص مرضاً انتهى بموته دون أن يكون ذلك المرض ما يوجب فيه الهلاك كالأنفلونزا البسيطة والروماتزم العادى وأمراض العيون أو الأسنان والجراح الخفيفة والجراحات الخ ، فإن مرضه لا يعد مرض موت ، ويكون حكم ما أبرمه من تصرفات فى أثناء هذا المرض حكم التصرفات المبرمة حال الصحة .

ويعتبر وقوع التصرف حال مرض الموت أو حال اشتداد المرض الذى أزمى وانتهى الى الموت من مسائل الواقع التى لا يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض ، على أن يبين نوع المرض ويقيم حكمه على أسباب سائفة^(١) . وتجرى محكمة النقض على نقض الأحكام التى تقتصر على إثبات وقوع التصرف فى أثناء مرض انتهى الى الموت دون أن تبين نوع هذا المرض وهل كان الهلاك غالباً فيعوقت حصول التصرف المطلق فيه^(٢) ، أى أنها تحتفظ لنفسها برقابة تكييف المرض الذى صدر التصرف فى أثناءه بأنه مرض موت أم لا^(٣) .

(١) قضى مدنى ٢٣ يونيه ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١-٤٣٧-٦٨ ، وأيضاً ١١ يونيه ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠-٤٧٦-٧٢ .

(٢) قضى مدنى ٧ يونيه ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢-٩٤٠-١٤٨ ، وأيضاً قضى مدنى ١٢ يناير ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١-١٧٢-٤٩ ، وأيضاً مدنى ٣٠ أبريل ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥-٦٢٦-٩٨ وقد جاء فيه أن حالة مرض الموت مفروطة شرعاً بأن يكون المرض ما يوجب فيه الهلاك ، فالأصل الحكم المطلقون فيه مما كسب فى احتساب أن الموت كان مرضاً الموت وقت صدور التصرف المطلقون فيه بأنه قد عد من زواله أماله خارج المنزل فى القهور السابعة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابة دون بيان لنوع المرض الذى أصاب الموت وتطغى غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطلقون فيه ، فإن ذلك الحكم يكون فاسداً خصوصاً بحجز محكمة النقض من مراقبة صحة تكييفه لمرضه بأنه مرض موت .

(٣) أخطر قضى مدنى ٣ فبراير ١٩٤٩ فهرس الخمسة وعشرين سنة لأحكام النقض من ٩٥٥ نيزة ١٤ (وقد رفض اعتبار الروماتزم مرض موت) ، قضى مدنى ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ القهرس المعار إليه من ٩٥٩ نيزة ٢١ (وقد رفض اعتبار مرض التهاب مرض موت) ، وقضى بأنه لا يجرى مرض الموت أو اشتداد وطأه مجرد الزيادة فى المنقضى بالتهاب وتسمى أثره كغيره لسمية (قضى مدنى ٧ يونيه ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ٧-٦٨٧-١٥٠) ، ولا مباشرة التصرفات السائفة أو اللامعة للتصرف المطلقون فيه (قضى مدنى ٢٥ أكتوبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣-١-١) .

٣٣٦- حكم الشريعة الإسلامية في التصرفات التي قُمت في مرضه الموت -
تقيد الشريعة الإسلامية التصرفات التي تصدر من الشخص في مرض الموت
بما يجعلها تقريباً في حكم الوصية .

وهي في الوصية تفرق بين الإيصال إلى وارث والإيصال إلى غير وارث .
وفي الأولى تجعل الوصية ملقاً نافذاً على أجل الورثة أيًا كان القدر الموصى
به ، وفي الثانية تجعلها نافذة في حق الورثة في حدود ثلث التركة دون إجازة
منهم ، وفيما يجاوز ذلك بإجازتهم . والممول عليه في تعيين الورثة الذين
يملكون الإجازة ثبوت الوراثة لهم وقت وفاة الموصي .

وتعتبر الشريعة الإسلامية الهبات التي تصدر من الشخص في مرض
موته في حكم الوصية وتطبق عليها الأحكام المتقدمة . فالهبة تكون وقت إبرامها
صحبة و نافذة ولو صدرت من الواهب في أثناء مرضه . فإذا شق الواهب
بقيت للهبة صحبها و نافذاً ، والا أصبحت غير نافذة في حق ورثة الواهب
الذين ثبت لهم هذه الصفة وقت موته بالقيود التي تقدم ذكرها في
شأن الوصية .

وقد طبقت الشريعة الإسلامية هذه الأحكام على البيع الذي يصدر من
الشخص في مرض موته مع بعض تعديلات بسيطة اقتضتها طبيعة البيع .
ففرقت بين البيع إلى غير وارث والبيع إلى وارث .

وفي الحالة الأولى اعتبرت البيع صحبها و نافذاً إذا تم بضمن المثل أو دونه
بقليل ، وكذلك إذا تم بضمن دون المثل بكثير وكان الفرق يخرج من ثلث
التركة . أما إذا كان الفرق أكثر من الثلث ، كان للورثة حق مطالبة المشتري
بتكامل الثمن بحيث ينقص هذا الفرق إلى ثلث التركة أو يفسخ البيع .

وفي الحالة الثانية لا يكون البيع نافذاً في حق سائر الورثة إلا إذا أجازوه (١)

وتكون الاجازة هرورية وفقاً لمذهب الامام أبى حنيفة ولو كانه البيع ضمن المثل لثبوت حق الورثة جميعاً في أعيان التركة ذاتها^(١) . أما الصاحبان فلا يشترطان الاجازة الا اذا كان في البيع محابة في الثمن لانهما يتجران حق الورثة متعلقا بمالية التركة لا بأعيانها .

٣٢٧ - مكرم التقنين المصري الملغى - نص التقنين الملغى على حكم البيع الذي يصغر في مرض الموت في المواد ٢٥٤-٢٥٦/٣١-٣٢٣ وأخذ فيها بحكم الشريعة الاسلامية مع بعض التعديل . ففرق مثلها بين البيع لو ارث والبيع لغير وارث .

وفما يتعلق بالحالة الأولى نصت المادة ٢٥٤ على أن ولا ينفذ البيع الحاصل من المورث وهو في حالة مرض الموت لأخذ ورثته الا اذا أجازاه باقي الورثة . . ويبين من هذا النص أنه افترض أن البيع للوارث كله محابة أى دون ثمن أصلاً ، فطبق عليه حكم الوصية كاملاً . غير أن هذا الفرض قابل لاثبات العكس فيجوز للشترى أن يثبت أن البيع تم ضمن المثل . ولكن المشرع لم يصرح بحكم البيع عند ثبوت ذلك . وقد تقدم أن الامام أبى حنيفة يرى أن ذلك لا يفتى عن اجازة الورثة ، وأن الصاحبين يقولان في هذه الحالة بنفاذ البيع دون حاجة الى الاجازة . وقد أخذت المحاكم المختلطة في ذلك برأى الامام ، ولكن رأى الصاحبين هو الذى رجع في القضاء الوطنى وفي الفقه المصرى .

وفما يتعلق بالحالة الثانية نصت المادتان ٢٥٥ و ٢٥٦ على أن يجوز التظلم في البيع الحاصل في مرض الموت لغير وارث اذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع ، ، فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ألزم المصري بناء على طلب الورثة انما يفسخ البيع أو بأن يدفع

(١) المادة ٢٦٣ من مرقه الجيران .

التركة ما نصيب من ثلث مال المتوفى وقت البيع ، وللشترى المذكور الجواز بين الزوجين المذكورين .

وقد أخذ على هذين النصين أنهما ابتعدا عن حكم الشريعة الإسلامية في أكثر من موضع .

فإنما تقضى الشريعة الإسلامية بصحة البيع الصادر لغير وارث ضمن المثل أو دونه بقليل . وتجعل إجازة الورثة غير ضرورية في الحالة التي يكون فيها البيع سائرا هبة أو محاباة تجاوز قيمتها القدر الجائز الإيصال به ، فإن التقنين الملغى كان ينشئ قرينة قاطعة على أن البيع الذي يتم في مرض الموت إنما كله هبة مستترة في صورة عقد بيع ، وبناء على ذلك يعول في تقدير نفاذه على قيمة المبيع كله لا على قيمة ما وقعت فيه المحاباة لحسب .

وكذلك فيما يتعلق بتقدير النسبة بين المبيع وأموال المورث ، فالشريعة الإسلامية تعول على النسبة بين القدر المحابي فيه وبين تركه المتصرف ، فتجعل البيع نافذاً في حقوق الورثة إذا كان القدر المحابي فيه يخرج من ثلث التركة أي من ثلث صافي أموال المتصرف التي يتركها عند موته ، في حين أن التقنين الملغى كان يشترط في نفاذ البيع في حق الورثة أن تكون قيمة المبيع بحيث لا تجاوز ثلث قيمة أموال المتصرف وقت صدور البيع منه .

وقد حار الشراح في تعليل هذا الاختلاف ، وانتهت غالبيتهم الى أنه اختلاف غير مقصود لأنه لا يوجد ما يدل على أن المشرع المصري قصد أن يحيد عن حكم الشريعة الإسلامية ، وقالوا بضرورة تفسير هذه النصوص بما لا يخرج عن حكم تلك الشريعة^(١) .

٣٢٨ - حكم التقنين المرفى الحالي - قبيل صدور التقنين المدني الحالي صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية ، مقتنا أحكام الشريعة

(١) أنظر في ذلك الملل وحامد زكي نبذة ٢١٦ وما بعدها ، كامل مرسى نبذة ٢٦٠ وما بعدها ، امام (في كتابنا المشترك) نبذة ٢٩٩ .

الاخلامية مع تعديل جومري فيها من شأنه ايجازة الوصية لواورث بالشرط والقيود التي يجوز بها الوصية لغير الوراث (المادة ٣٧ من القانون المذكور)، فمعين مراعاة ذلك عند تنقيح القانون المدنى فيما يتعلق بتصرقات المريض وبالبيع الذى يصدر فى مرض الموت، حيث قن التقنين الحالى أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الشأن مع نحاشى الأخطاء التى كان قد وقع فيها التقنين الملقى، بأن تناول فى المادة ١١٦ حكم التبرعات التى تقع فى مرض الموت، ثم تناول فى المادتين ٤٧٧ و ٤٧٨ حكم البيع فى مرض الموت^(١).

٣٢٩ - (١) حكم تبرعات المريض - اذا تبرع المريض فذا التبرع فى حقه حال حياته . فلذا انتهى به المرض الى الموت ، سرت على تبرعه أحكام الوصية بمعنى أن هذا التبرع ، سواء كان لواورث أو لغير واورث ، ينفذ فى حق الورثة فى حدود تلك التركة دون حاجة الى ايجازتهم ، ويتوقف على ايجازتهم فيما جاوز هذا القدر .

ويشترط فيما ينطبق عليه حكم الوصية وفقاً للبادة ١١٦ فقرة أولى توافر شرطين : الأول أن يكون قد تم فى مرض الموت ، والثانى أن يكون تبرعاً . فاذا صدر التبرع فى حال الصحة أو صدر البيع بشئ المثل فى مرض الموت ، كان التصرف صحيحاً نافذاً فى حق الورثة . والأصل أن يكون على الورثة الذين يطعنون فى تصرف مورثهم بأنه تبرع وقع فى مرض الموت عبء اثبات هذين الشرطين .

ويقتضى ذلك أولاً أن يثبت الورثة أن مورثهم قد اتا به مرض يغلب فيه الهلاك وأن هذا المرض قد انتهى الى موته ، وأن يثبتوا تاريخ بدء هذا المرض ، ويكون اثبات هذا كله فى الغالب بتقارير الأطباء^(٢) وبشهادات الشهود^(٣).

(١) راجع ما تقدم فى هذه ٢٩ ص ٣٦ وما بعدها .

(٢) نفس مدنى ٢٥ أكتوبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النفس ٣ - ١ - ١ ، وأيضاً ٢٣

مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفس ١ - ٣٦٥ - ٩٤ .

(٣) نفس ٢ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفس ١ - ٣٠٦ - ٨٠ .

ومتى ثبت مرض الموت وتعين تاريخه ، بقى على الورقة أن يثبتوا أن التصرف الصادر من مورثهم والذي يطعنون فيه قد صدر منه بعد التاريخ الذى ابتدأ فيه مرض الموت . والغالب أن يكون هذا التصرف مدوناً فى ورقة رسمية أو عرفية . وفى الحالة الأولى تكن مقارنة تاريخ الورقة الرسمية بتاريخ بدء المرض للجزم بصدد التصرف فى مرض الموت أو قبله . أما فى الحالة الثانية فيحتمل أن تكون الورقة العرفية قد حررت بعد بدء مرض الموت وأن تكون قد أرخت بتاريخ سابق على ذلك لكن تبدو سابقة على مرض الموت تقادياً لتطبيق حكم الوصية على التصرف المدون فيها . فإن كان تاريخ الورقة العرفية ثابتاً بوجه رسمى ، كان شأنه شأن تاريخ الورقة الرسمية ، والا تعين البحث فى مدى حجته بالنسبة الى الورقة .

وقد كان الأمر على خلاف فى ظل التقنين الملقى ، وكانت أغلبية الفقه والقضاء تعتبر الوارث الذى يطل فى تصرف مورثه بصدوره فى مرض الموت غيراً فيما يتعلق بثبوت تاريخ الورقة العرفية المدون فيها هذا التصرف ، وبالتالي لا تسلم بأى حجة لهذا التاريخ على الوارث ما دام التاريخ غير ثابت بوجه رسمى ، وتعتبر التصرف المدون فى الورقة العرفية تالياً لبدء مرض الموت لمجرد عدم ثبوت تاريخ هذه الورقة بوجه رسمى طبقاً للمادة ٢٢٨ مدنى قديم المقابلة للمادة ٣٩٥ من التقنين الحالى (١) .

وقد يئنا خطأ هذا رأى ومخالفته للبداىء العامة ، وأن الوارث فى هذه الحالة لا يعتبر فيما يتعلق بثبوت تاريخ الورقة العرفية الموقعة من مورثه غيراً بل خلفاً عاماً يحتج عليه بتاريخ تلك الورقة كما كان يحتج به على مورثه حجية قابلة لإثبات العكس ، ويقع عليه هو عبء اثبات عدم صحة التاريخ المدون فى الورقة العرفية ووقوع التاريخ الحقيقى الذى حررت فيه هذه الورقة

(١) انظر مرفوعنا المذهب فى كتابنا أصول الاجتبات سنة ١٩٥٧ هـ ، هامش ص ٩٧ ، وفى كتابنا الأخير فى الأدلة الخلية واجراءاتها ، سنة ١٩٦٧ هـ ، ص ١٩٤ وما بعدها .

في أثناء مرض الموت^(١) . وقد أخذ المشرع بذلك في التقنين الجاهلي حيث قرر في المادة ٩١٦ بقرة ثانية أن « على ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولم اثبات ذلك بجميع الطرق »^(٢) .

وخلاصة القول فيما يتعلق باثبات حصول التصرف في مرض الموت ان التاريخ العرفي للتصرف يكون حجة على الورثة ، ويقع عليهم هم عبء اثبات أن ذلك التصرف قد وقع في تاريخ لاحق للتاريخ المذكور حصوله فيه بحيث يكون تالياً لبدء مرض الموت .

وفما يتعلق بالشرط الثاني ، قد أعنى المشرع الورثة من عبء اثبات تبرعة التصرف ، اذ نص في المادة ٩١٦ بقرة ثالثة على أنه « اذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة بخلافه » ، أي ان المشرع قد أنشأ قرينة قانونية بسيطة

(١) راجع بحثنا في قوة المحرمات العرفية في الاثبات وحجيتها بتاريخها على الوارث الذي طعن فيها بدورها في مرض الموت ، مجلة للقانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥١ وما بعدها . وقد أقرنا على هذا الرأي الأستاذ السهورى في الوسيط ج ٢ ص ٢٠٦ و٢٠٥ وبتنا فيه أكثر الفراج الحدين . راجع في تفاصيل هذا الموضوع وآراء الفراج وأحدث أحكام المحاكم كتابنا في الأداة الحلية وأجرائها سنة ١٩٦٧ ص ١٩٤ وما بعدها ، وانظر بوجه خاص نص مدني ٩ يناير ١٩٦٤ مجموعة أحكام التفتش ١٥-٤٣-١٠ ، ١٣ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام التفتش ١٧-١٢٣-١٧ .

(٢) ولا حاجة بقيمة النص التي تقول بعد ذلك « ... ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » لأن هذه البارة الأخيرة قد جاوزت قصد المصراع كما أثبتنا ذلك في كتاب أصول الاثبات في المواد المدنية سنة ١٩٥٢ ص ٩٩ في المامش وفي موجز أصول الاثبات سنة ١٩٥٧ ص ٧٤ ، وأخيراً في كتابنا في الأداة الحلية وأجرائها سنة ١٩٦٧ ص ١٩٩ وما بعدها . انظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ السهورى في الوسيط ج ٢ ص ٢٥٨ وما بعدها وخواتمها .

على أن كل تصرف يثبت وقوعه في مرض الموت يكون تبرعاً ، وبالتالي تسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يثبت المتصرف إليه أن التصرف لم يكن تبرعاً بل بمقابل ، وحيث لا يسرى عليه حكم المادة ٩١٦ بل يسرى عليه حكم المادة ٤٧٧ الخاصة بالبيع في مرض الموت . ويجوز إثبات المعاوضة بكافة الطرق ولو كانت قيمة العقد تجاوز نصاب اليقنة ، وذلك وفقاً لقاعدة العامة في إثبات عكس القرائن القانونية ، ولا يجوز الاستناد في ذلك إلى نص العقد ذاته ولو كان وارداً فيه أن المتصرف قبض الثمن كله فور التعاقد لأن المشرع بإنشائه القرينة المذكورة قد أهدر نص العقد في هذا الشأن وأصبح يتعين إثبات المعاوضة بغير هذا النص .

٣٣ - (ب) مكم بيع المريض - تنص المادة ٤٧٨ على أنه :

١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته .

٢ - أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بشكلة الثلثين .

٣ - ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ .

ويؤخذ منها بطريق مفهوم المخالفة أنه إذا كان البيع بثمن المثل ، فإنه مع صدوره من البائع في مرض موته يكون نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم أو إقرارهم إياه^(١) . وهذا مطابق لرأي الصاحبين ومخالف لرأي الإمام أبي حنيفة .

(١) ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث (السهوي في الوسيط

ج ٤ ، نذ ١٨٤) .

(م ٣٨ - بيع) .

أما إذا كان البيع بأقل من ثمن المثل فإن القدر المحايى به تسرى عليه أحكام الوصية .

فإذا كان هذا القدر يخرج من ثلث التركة ، فإن البيع ينفذ في حق الورثة دون حاجة الى اقرارهم اياه . وبحسب قدر المحاباة بقدر الفرق بين ثمن البيع وقيمة المبيع وقت موت البائع لا وقت العقد ، وبحسب ثلث التركة مع دخول المبيع فيها^(١).

أما إذا كان القدر المحايى به يجاوز ثلث التركة، فإن البيع فيما يتعلق بالقدر من المحاباة الذى يجاوز الثلث لا ينفذ في حق الورثة الا اذا أقروه أو قبل المشتري أن يزيد الثمن بمقدار الفرق بين القدر المحايى به وثلث التركة^(٢).

ويستوى في كل ما تقدم أن يكون البيع صادراً لوأرث أو لغير وارث (المادة ٤٧٧/١ مدنى والمادة ٣٧ من القانون ١٩٤٦/٧١) .

٣٣١ - اقرار البيع في القدر المحايى به الذى يجاوز ثلث التركة - تعتبر الشريعة الاسلامية البيع الصادر في مرض الموت موقوفاً على اجازة الورثة فيما يتعلق بالقدر المحايى به الذى يجاوز ثلث التركة ، وتنظم القواعد التى تحكم هذه الاجازة . أما القانون المدنى فيعتبر ذلك البيع صحيحاً بين العاقدين ولكنه غير نافذ في حق الورثة الا اذا أقروه . وكثيراً ما خلط الفقهاء والقضاء بين التصويبين واستعملوا لفظ الاجازة الذى يعبر عن التصوير الشرعى بدلا من لفظ الاقرار الذى يعبر عن تصوير القانون الوضعى^(٣) .

(١) السنهاورى في الوسيط ج٤ بقية ١٨٥ .

(٢) المرجع السابق بقية ١٨٦ .

(٣) من ١ بقية ٢٢٢ وروى ٦٤ بقية ٢٢ كتابنا في نظرية القصد سنة ١٩٥٦ ، وشرح القانون المدنى ، ج٢ ، في الالتزامات سنة ١٩٦٤ ص ٢٠٤ .

وقد حرص المشرع في التقنين الحالي على أن يستعمل في المادة ٧٧٧قرة ثانية لفظ الاقرار ، فنص على أن لا يسرى البيع في حق الورثة الا اذا أقروه .

والمقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق اقرار التصرف الأشخاص الذين ينحصر فيهم ارث المتصرف وقت موته^(١) . ولا يعتد باقرارهم السابق على موت المتصرف ولو دونوه كتابة في ذيل المحرر المثبت لتصرف المريض ، لأن حقهم في الارث وبالتالي في اقرار تصرفات المورث لا يثبت لهم الا عند موت الأخير ، ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه .

ويشترط في صحة اقرار الورثة تصرفات مورثهم الصادرة منه في مرض موته ، فوق صدور هذا الاقرار بعد موته ، أن يكون الورثة من أهل التبرع طالين بما يميزونه ، فيجب أن يكون الوارث المقر عاقلاً بالغاً رشيداً ، والا فانه لا يكون أهلاً للتبرع ويقع اقراره باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لأنه اسقاط دون مقابل لحق ثابت في التركة ، فيكون غير البالغ رشيداً معدوم الأهلية بالنسبة اليه ويجب أن يكون الاقرار صادراً من الوارث عن يئنه من الأمر ، أى أن يكون الوارث ظالماً بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدوره في مرض الموت وأنه يملك التمسك بعدم نفاذه وعدم اقراره ، والا كان الاقرار ذاته قابلاً للإبطال .

فان أقر الورثة التصرف صار نافذاً في حقهم كما لو كان صادراً من مورثهم حال صحته ، وان لم يقروه لم ينفذ في حقهم فيما يتعلق بالقدر المحال به الزائد على ثلث التركة . وان أقره البعض الآخر نفذ في حق من أقروه فقط بنسبة أنصبتهم في الميراث ولم ينفذ في حق الآخرين بالنسبة الى أنصبتهم .

(١) السنهوري في الوسيط ج٤ نبذة ١٨٤ .

ومرتب على عدم اقرار الورثة كلهم أو بعضهم البيع فيما يتعلق بالقدر المحابي به الوائد على تلك التركة أن يلتزم المشتري بأن يرد الى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذي يخص الورثة الذين لم يقرؤا البيع أو قيمته . ومؤدى هذا الالتزام بالرد أن الجزء الواجب رده يعتبر بيعه - بالنسبة الى الورثة الذين لم يقرؤا البيع - موقوفاً نفاذه في حقهم على دفع قيمته الى التركة . فإذا لم يتم المشتري بدفع هذه القيمة اعتبر القدر المذكور باقياً على ذمة التركة وجاز للورثة استرداده .

٣٣٢ - حماية الغير الذي تعامل مع المشتري بحسن نية - على أن الغالب أن تمضي فترة غير قصيرة بين صدور البيع في مرض الموت وبين وفاة المنتصرف وظهور عدم نفاذ البيع في حق الورثة فيما يجاوز تلك التركة . وفي هذه الأحوال يحدث كثيراً أن يتصرف المشتري الى آخر أو يرتب له حقاً عينياً على المبيع . فتم حدث الوفاة وظهر أن الورثة لا يقرؤن التصرف واستعملوا حقهم في أن يستردوا من المشتري القدر المحابي به الذي يجاوز تلك التركة ، كان لهم وفقاً للقواعد العامة أن يستردوه ولو من الغير الذي تلقى ملكيته من المشتري . وعندئذ يضار ذلك الغير بتطبيق أحكام البيع الصادر في مرض الموت . فإذا كان هذا الغير قد تلقى حقه بحسن نية وبعوض ، فإن السماح بالحق الضرر به من هذا الطريق يكون من الظلم البين ، فتقتضى العدالة حماية الغير حيثئذ من الضرر الذي يصيبه من تطبيق تلك القواعد . ولذلك نصت المادة ٧٨٤ على أن لا تسرى أحكام المادة السابقة اضراراً بالغير حسن النية اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المباعة .

وبناء على ذلك فإن من يكسب حقاً على المبيع الذي يطالب الورثة باسترداده تطبيقاً لأحكام البيع الصادر في مرض الموت يحميه القانون ضد

هذا الاسترداد اذا توافر فيه شرطان : الأول أن يكون هذا الغير قد كسب حقه على المبيع بعوض ، والا فان الورثة يكونون أولى منه بالحياة . ويلاحظ أنه اذا كان المبيع عقاراً فان الغير لا يعتبر أنه كسب عليه حقاً الا اذا قام بتسجيل السند المنشئ لحقه متى كان هذا الحق حقاً عينياً أصلياً ، أو بقيد حقه اذا كان من الحقوق العينية التابعة كالرهن والاختصاص . والشرط الثاني أن يكون الغير حسن النية أى أن يجهل وقت تعامله مع المشتري ما يهدد حقه بالزوال .

فاذا توافر هذان الشرطان جاز للغير أن يدفع دعوى الورثة التى يطلبون بها استرداد القدر المحابى به فيما يجاوز ثلث التركة ، وأن يحتفظ بحقه الذى كسبه . فان كان قد تلقى الملكية من المشتري لم يجوز نزعها منه ، وان كان قد ترتب له حق عينى تبنى على المبيع استرد الورثة ملكية المبيع من المشتري محملة بهذا الحق الأخير لمصلحة الغير (١) .

٣٣٣ - قصر تطبيق هذه الأنظمة على المصريين دون الأجانب -
- بين مما تقدم أن القانون المصرى يلحق البيع الصادر فى مرض الموت بالوصية ويطبق عليه أحكامها .

ولأن الوصية تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى يطبق فيها القانون تطبيقاً شخصياً ، فان أحكام البيع الصادر فى مرض الموت تطبق أيضاً تطبيقاً شخصياً ، فتسرى على المصريين دون الأجانب (٢) .

(١) فى هذا المعنى الشهورى فى الوسيط ج ٤ ص ٣١١ فى المجلد ١ ، كامل درمى فى
٥٧٤ ص ٥٠١ ، البتراوى نبذة ٤٧٤ .
(٢) الشهورى فى الوسيط ج ٤ نبذة ١٨٨ .

وإذا قلنا ان هذه الأحكام تطبق تطبيقاً شخصياً ، فإن المقصود بذلك تطبيقاً شخصياً في ميدان التنازع الدولي للقوانين حيث يكون التنازع بين قوانين جنسيات مختلفة . أما في ميدان التنازع الداخلي للقوانين حيث يكون التنافس بين قوانين ديانات مختلفة لطوائف المصريين المتعددة ، فإن أحكام البيع في مرض الموت لا تطبق تطبيقاً شخصياً لأنها كأحكام الموارث والوصية والأهلية صارت موحدة تسرى على جميع المصريين على اختلاف دياناتهم .

« تم بحون الله تعالى »

فهرس الكتاب

صفحة

مقدمة

تمهيد

١	• • • • •	العقود المسماة والعقود غير المسماة
٢	• • • • •	طبيعة الأحكام التي تنظم العقود المسماة وفائدتها العملية
٦	• • • • •	أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة
٧	• • • • •	العقود المركبة أو المختلطة
٨	• • • • •	أهمية عقد البيع
٩	•	تظيم عقد البيع في الشقين المنى وأهم التعديلات التي أدخلها عليه الشقين الحالي
١٣	• • • • •	تقسيم دراسة عقد البيع

القسم الأول

في البيع بوجه عام

فصل تمهيدى في التعريف بالبيع وخصائصه

١٧	• • • • •	تاريخ عقد البيع
١٩	• • • • •	تعريف البيع في الشقين المدينى القرنى
١٩	• • • • •	تعريف البيع في العربية الإسلامية
٢٠	• • • • •	تعريف البيع في القانون المصرى
٢٢	• • • • •	خصائص عقد البيع
٢٧	• • • • •	اختلاط بعض العقود بعقد البيع
٢٨	• • • • •	أحوال اختلاط البيع بالايجار
٣٢	• • • • •	اشتباه البيع بعقد المعاوضة
٣٣	• • • • •	اشتباه البيع بالوكالة
٣٥	• • • • •	اشتباه البيع بالوديعة
٣٤	• • • • •	اشتباه البيع بالقرض ربوا
٣٥	• • • • •	اشتباه البيع بالهبة
٣٦	• • • • •	اشتباه البيع بالوصية

الباب الأول إبرام عقد البيع

مقدمة

أركان البيع وشروط صحته ٤١

الفصل الأول أركان البيع

الفصل الأول — ركن الرضا

وجود الرضا ٤٣
الافتاق على المبيع ٥٠
الافتاق على الثمن ٥٠
الافتاق على طبيعة القيد ٥٢

المبحث الأول — الإيجاب الموجه الى الجمهور

صورة الإيجاب الموجه الى الجمهور ٥٤
عرض السلع في المتاجر ٥٥
الاعلان عن السلع في الصحف أو في نشرات خاصة ٥٦

المبحث الثاني — البيع الموصوف

حكم أوصاف الرضا بوجه عام ٥٧
(١) البيع بعرض التجربة ٦٠
(٢) البيع بعرض المذاق ٦٣
(٣) البيع مع الاحتفاظ بحق المنول ٦٧
(٤) البيع بالبريون ٦٩
(٥) بيع الوفاء وظلانه في القانون الحالي ٧٦
(٦) البيع مع الاحتفاظ بالملكية الى حين استيفاء الثمن ٧٩
(٧) البيع مع خيار التمين ٨٨
(٨) البيع مع احتفاظ المشتري بحق ائصال غيره عليه ٩٠

المبحث الثالث — الوعد بالبيع والوعد بالشراء

التمييز بين مجرد الرغبة والإيجاب ومضروع البيع والوعد بالبيع ٩٣
صور الوعد بالبيع أو بالشراء ٩٥
الخصوس المهمة بالوعد بالبيع أو بالشراء ٩٩
أركان الوعد بالبيع ١٠٠

صفحة

- ١ — الوعد بالبيع المزمع للجانب واحد : ١٠٥
- (أ) ملحيته وأهميته الصلبة وتكييفه القانوني ١٠٥
- (ب) آثار الوعد بالبيع في ذاته ١٠٧
- (ج) استعمال الموعد له حقه في قبول الفراء ١١٠
- (د) آثار قبول الموعد له الفراء ١١٢
- (هـ) ليس لقبول الفراء أثر رجعي ١١٤
- ٢ — الوعد بالتفصيل ١١٥
- ٣ — الوعد بالفراء ١١٧
- ٤ — الوعد المتبادل بالبيع والفراء أو الوعد المزمع لكلا الطرفين ١١٩

المبحث الرابع — التبايع بطريق التباية

- أحواله إلى القواعد العامة ١٢١
- تأثير الشخص مع نفسه بالبيع والشراء ١٢٢
- التأثير بالبيع أو الشراء باسم مستعار أو بواسطة شخص سخر ١٢٤

المبحث الخامس — تفسير عقد البيع

- تفسير البيع في القانون الفرنسي ١٢٦
- تفسير البيع في القانون المصري ١٢٧

الفصل الثاني — محل البيع

- لزواج المحل في عقد البيع ١٢٩

المبحث الأول — المبيع

- المبيع هو المال لا الشيء ١٢٩
- الشروط الواجب توافرها في المبيع ١٣٠

المطلب الأول — شرط وجود المبيع

- وجود المبيع وقت العقد والفروض المختلفة في شأنه ١٣٢

§ ١ — هلاك المبيع وقت العقد

- هلاك المبيع هلاكاً كلياً وقت العقد ١٣٣
- تطبيق ذلك على بيع أسهم الشركات التي حكم بإبطالها بعد البيع ١٣٥
- هلاك المبيع هلاكاً جزئياً وقت العقد ١٣٦

§ ٢ — بيع الأموال المستقبلة

- تأثير المسألة ١٣٨
- حكم المدين المتفق المثل في بيع الأموال المستقبلة :

صفحة	
١٤٣	(١) القاعدة : جواز بيع الأموال المستقبلة
١٤٨	(ب) الاستثناء : تحريم بيع التركة المستقبلة
	المطلب الثاني — تعيين المبيع
١٥١	طريقة تعيين المبيع
١٥٢	تعيين الأشياء القلبية
١٥٢	تعيين الأشياء المثلية

المطلب الثالث — جواز التعامل في المبيع

١٥٤	تسليم الأشياء من حيث جواز التعامل فيها أو علمه
١٥٦	بيان ما لا يجوز بيعه :
١٥٦	(١) الحقوق غير المالية
١٥٧	(ب) الأشياء الخارجة عن التعامل
١٥٧	(ج) بعض الحقوق المالية
١٥٨	حكم بيع المتاجر وأرباب المهن المرة متهم بسلامتهم

المطلب الرابع — ملكية المبيع للبائع

١٦٠	النص على هذا الشرط وحكمته
١٦١	الأحوال التي تشترط فيها ملكية المبيع للبائع
١٦٢	الأحوال التي لا يشترط فيها أن يكون المبيع مملوكاً للبائع
١٦٣	ضرورة التمييز فيما يخلق بهذا الشرط بين نوعين من البيع

المبحث الثاني — الثمن

١٦٥	تعريف الثمن وشروطه
١٦٦	الشرط الأول : أن يكون الثمن مبلغاً من النقود
١٦٧	الافتاق على أن يكون مقابل المبيع مبلغاً من النقود وما لا آخر
١٦٨	الافتاق على أن يكون مقابل المبيع سبائك ذهبية أو أوروفا مالية
١٦٨	الافتاق على أن يكون مقابل البيع ايراداً حرجياً
١٦٩	الشرط الثاني : أن يكون الثمن مبيعاً أو قابلاً للتحويل
١٧٠	بيان الأسس التي يقوم عليها حساب الثمن
١٧٢	الافتاق على البيع بسعر السوق
١٧٣	الافتاق على أن يؤول أجنبي تعهد الثمن
١٧٧	تعيين الثمن أو الأسس التي يقوم عليها مبيعاً محتملاً
١٧٨	حرية الماعدين في تحديد الثمن وما يرد عليها من فوائد

١٧٩	الشرط الثالث : أن يكون الثمن حقيقياً
١٨٠	الثمن المصورى
١٨٣	الثمن الناقص
١٨٤	الثمن البض
	الفصل الثالث - عدم النص للمانع من البيع
١٨٧	إحالة الى القواعد العامة
١٨٨	آخر النصوص الخاصة من البيع
١٨٩	(ا) منع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها
١٩٠	حكمة تحريم البيع الى رجال القضاء وأعوانهم
١٩٠	قصر التحريم على أشخاص معينين على سبيل المحصر
١٩١	قصر التحريم على شراء أموال معينة
١٩٥	استثناء : جواز استرداد عمال القضاء ما عليهم من حقوق متنازع فيها
١٩٦	(ب) منع تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه
١٩٨	(ج) حظر شراء أطيان زراعية ترفع مجموع ما يملكه المشتري الى أكثر من مائة فدان
	(د) حظر شراء الأجانب الأراضي الزراعية والصحراوية أو الغارات الواقعة بتناطلي الحدود
٢٠٣	
	الفصل الرابع - ركن السبب في عقد البيع
٢٠٧	إحالة الى القواعد العامة
	الفصل الخامس - جزاء شروط الانعقاد
٢٠٩	إحالة الى قواعد البطلان المطلق

الفرع الثاني

شروط صحة البيع

الفصل الأول - سلامة الرضا

٢١٢	إحالة الى القواعد العامة
٢١٢	بعض تطبيقات التدليس والاكراه في عقد البيع
	§ ١ - الغلط في صفات المبيع وعدم العلم الكافي به
٢١٥	أحكام الغلط في صفات المبيع
٢١٧	حكم عدم العلم بالمبيع
٢١٨	خيار الرؤية في الصيغة الإسلامية
٢١٨	أحكام العلم بالمبيع في التعيين المذني المقتضى
٢٢٢	أحكام العلم بالمبيع في التعيين المذني المحلل

§ ٢ — الفين والاستقلال

صفحة	
٢٢٥	تعريف الفين وتاريخه
٢٢٧	حكم الفين في الفرية الاسلامية
٢٢٨	حكم الفين في القانون الفرنسي
٢٣٠	حكم الفين في الفنين المصري المني
٢٣٢	حكم الفين في الفينيات الحديثة
٢٣٣	حكم الفين في الفنين المصري الحالي
٢٣٣	(١) تطبيق نظرية الاستقلال على عقد البيع
٢٣٤	(١) شروط الطعن في العقد بالاستقلال
٢٣٧	(ب) أحكام الطعن بالاستقلال
٢٣٨	(٢) حكم خاص بالفين في حالة بيع عقار مملوك لفنير كامل الأهلية

الفصل الثاني — أهلية العاقدین

٢٤٤	التمييز بين الأهلية والولاية
-----	------------------------------

المبحث الاول — في الأهلية

٢٤٥	الأهلية اللازمة لعقد البيع
٢٤٨	أحوال يملك فيها المصري المميز أو من في حكمه أهلية البيع والعقار

المبحث الثاني — في الولاية

٢٥٠	الولاية اللازمة لعقد البيع
٢٥٠	تعيين حدود الولاية في الأحوال المختلفة
٢٥١	(١) في أحوال النيابة الاضائية
٢٥٧	(ب) في أحوال النيابة القانونية
٢٥٣	(١) سلطة الأولياء الفرعيين
٢٥٤	(٢) سلطة الأوصياء والحفلة وكلاء الناجين
٢٥٥	(٣) سلطة المارس القضائي
٢٥٦	عدم جواز تعاد القضاء مع نفسه بالبيع والعقار الا في حالات استثنائية

الفصل الثالث — جراء شروط الصحة

٢٥٨	فصل في قواعد الإعلان النفسي
-----	-----------------------------

صفحة

الباب الثاني آثار عقد البيع

٢٦١ . . . نقل ملكية المبيع وترتيب التزامات في جانب كل من البائع والمشتري

الفصل الأول — التزامات البائع

المبحث الأول — الالتزام بنقل ملكية المبيع

المطلب الأول — نقل الملكية في المتقول المعين بالذات

٢٦٤ . . . قاعدة انتقال الملكية بمجرد المدد وما يقتضيه تطبيقها

٢٧٠ ٢٠ . . . مساوئ هذه القاعدة بالنسبة إلى المير

٢٧٣ . . . علاج هذه المساوئ من طريق قاعدة « الحيازة في المتقول سند الملكية »

٢٧٩ . . . تهديد قاعدة الحيازة في المتقول سند الملكية

المطلب الثاني — نقل ملكية المتقول المعين بالتعريف

٢٧٩ . . . انتقال الملكية في المتقول المعين بالتعريف لم يرد

المطلب الثالث — نقل ملكية العقار المبيع

٢٨١ . . . تاريخ انتقال ملكية العقار في القانون الحديث

§ ١ — نظام الشهر العقاري ووسائله بوجه عام

٢٨٤ . . . ضرورة الشهر العقاري وأهميته في العصر الحديث

٢٧٥ . . . (١) نظام الشهر الشخصي

٢٨٨ . . . (ب) د د التين أو نظام السجلات العقارية

٢٨٩ . . . (ج) د د المصري وقانون السجل التيني رقم ١٤٢/١٩٦٤

٢٩١ . . . وسائل الشهر العقاري في النظام الشخصي للشهر

§ ٢ — التسجيل واجراءاته وتصرفات التي تخضع له

٢٩٣ . . . التصرفات التي يجب تسجيلها

٢٩٣ . . . اجراءات التسجيل

٢٩٦ . . . التسجيل ليس ركناً في المدد بل مجرد اجراء لازم لتنفيذ الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع

٢٩٧ . . . آثار مقدار عقد البيع غير المسجل

§ ٣ — الالتزام بنقل ملكية العقار المبيع وتنفيذه

وفقاً لقانون التسجيل وقانون الشهر العقاري

٣٠٠ . . . محل الالتزام وطرق تنفيذه

٣٠١	(أولا) التنفيذ الاخيرى وآثاره
٣٠٣	ليس للتسجيل أثر رجعى
٣٠٥	أثر التسجيل عند تراحم المقتريين
٣٠٥	(١) تراحم المقتريين من بائع واحد
٣٠٥	لا أثر لسوء نية من سبق الى تسجيل عقده :
٣٠٥	(١) فى ظل التفتين المبنى وقانون التسجيل
٣١١	(٢) فى ظل قانون الشهر العقارى
٣٢٠	(ب) تراحم المقتريين من بائعين مختلفين وبخاصة المقتري من المورث والمقتري من الوارث
٣٢٦	(ثانياً) التنفيذ العيني الجبرى للالتزام بنقل ملكية عقار
٣٢٧	دعوى صحة التعاقد وشرطها الأساسى
٣٣٢	تسجيل الدعاوى
٣٣٩	التمييز بين دعوى صحة التعاقد وبين دعوى صحة التوقيع
٣٤٢	(ثالثاً) التنفيذ بمقابل فى الالتزام بنقل ملكية عقار
٣٤٢	جواز طعن المقتري الذى لم يسجل عقده بالدعوى البوصلية فى عقد المقتري الذى سبق الى تسجيل عقده

المبحث الثانى — الالتزام بتسليم المبيع

٣٤٥	أهمية الالتزام بالتسليم
٣٤٨	(١) تعريف التسليم
٣٤٩	(٢) طريقة التسليم
٣٥١	التسليم القانونى والتسليم الحسمى
٣٥٥	(٣) محل الالتزام بالتسليم
٣٥٥	(١) المبيع ذاته : الحال التى يجب تسليمه عليها
٣٥٦	القدر واجب التسليم
٣٦٧	(ب) ملحقات المبيع
٣٦٨	(٤) الوقت الذى يجب فيه التسليم
٣٦٩	حق البائع فى حبس المبيع
٣٧١	(٥) مكان التسليم
٣٧٢	(٦) عقبات التسليم
٣٧٢	(٧) هلاك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً
٣٧٣	جزاء الاخلال بالالتزام بالتسليم

صفحة

المبحث الثالث — التزام الضمان

§ ١ — ضمان التعرض والاستحقاق

أنواع التعرض	٢٧٦
ضمان التعرض الشخصي	٢٧٧
ضمان التعرض الصادر من الغير	٢٧٤
محل الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق	٢٩٥
عدم قابلية الالتزام بالضمان لتجزئة	٢٨٩
التزام الضمان الأصل والتزام الضمان الجزائي	٢٩٠
شروط نشوء التزام الضمان الجزائي	٢٩٣
أحوال الاستحقاق السككي	٢٩٦
مدى الالتزام الجزائي فيها	٢٩٨
أحوال الاستحقاق الجزئي وحكمها	٤٠٥
الافتات المدلة لأحكام الضمان	٤٠٦

§ ٢ — ضمان الميوب الخفية

تحديد ضمان الميوب الخفية وأحواله	٤٠٨
شروط الميوب الموجب لضمان	٤١٩
(١) أن يكون قديماً	٤١١
(٢) أن يكون مؤثراً	٤١٤
(٣) أن يكون خفياً	٤١٥
علم البائع لا يفترط	٤١٩
وجوب مبادرة المشتري الى اخطار البائع بالميب	٤١٩
محل التزام البائع	٤٢١
جزاء اخلال البائع بالتزامه ضمان الميوب الخفية	٤٢١
حماية الدائنين المرتبهين في حالة الفسخ	٤٢٥
تعدد الميوع وظهور السبب في دفعه دون البعض	٤٢٥
حكم الميب الطارىء	٤٢٦
حكم هلاك الميوع الميوب	٤٢٧
سلوط الحق في الضمان	٤٣٥
اليوع التي لا يثبت فيها ضمان الميوب الخفية	٤٣١
الاختلاف على تعديل أحكام الضمان	٤٣٢
انتقال حق الضمان الى من تتحل اليه ملكية الميوع	٤٣٤
دعوى فسخ الميوع بسبب الميب الخفي ودعوى ابطال لطلع المعترى	٤٣٥

مادة

الفصل الثاني - التزامات المشتري

المبحث الأول - التزام المشتري بالتسليم

٤٣٦	حكم القواعد العامة والنصوص المتعلقة بالتزام المشتري بالتسليم
٤٣٨	المكان الذي يجب فيه وفاة الثمن
٤٤٠	الوقت الذي يجب فيه وفاة الثمن
٤٤٠	ملحقات الثمن
٤٤٢	(أ) فوائد الثمن
٤٤٢	(ب) تكاليف المبيع
٤٤٨	حق المشتري في حبس الثمن
٤٤٨	أحوال لا يثبت فيها للمشتري حق حبس الثمن
٤٥٣	حق المشتري في طلب خفض الملم يدفعه من الثمن
٤٥٤	إذا صار مرهقا له بسبب ظروف طارئة
٤٦٠	جزاء الإخلال بالتزام المشتري بدفع الثمن

المبحث الثاني - التزام المشتري بتفقات عقد البيع وتسليم المبيع

٤٦٢	(أولا) محل الالتزام بتفقات العقد
٤٦٢	جزاء الالتزام بتفقات العقد
٤٦٣	(ثانياً) محل التزام المشتري بتسليم المبيع وزماته
٤٦٣	جزاء التزام المشتري بتسليم المبيع

الباب الثالث

انحلال عقد البيع

المبحث الأول - أسباب الانحلال وطرقه

٤٦٥	إعلان البطلان
٤٦٦	تختلف للفرط الواقع
٤٦٦	إضافة المأقدين على البناء البطلان
٤٦٧	إبطال سند ملكية البائع أو فسخه
٤٦٧	§ ١ - الفسخ لعدم وفاة أحد المتعاقدين التزامه

٤٦٨	شروط استعمال حق الفسخ
٤٧١	كيف يكون الفسخ

صفحة

انقضاء العقد من شقاء منه	٤٧٣
(أ) بناء على اتفاق سابق	٤٧٣
(ب) بقوة القانون	٤٧٦
§ ٢ - انقضاء البيع لهلاك المبيع بسبب أجنبي	
وضع المسألة	٤٧٨
تحرير القاعدة في العقود للثلاثة الجانبين	٤٧٩
حكم الهلاك في عقد البيع وسائر العقود النافذة للملكية	٤٨١
حكم الهلاك الجزئي	٤٨٩

المبحث الثاني - آثار انحلال عقد البيع

§ ١ - فيما بين البائع والمشتري

وجوب إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد	٤٩١
ما يجب على المشتري رده	٤٩١
ما يجب على البائع رده	٤٩٢
§ ٢ - بالنسبة الى الغير	

القاعدة العامة	٤٩٤
الاستثناء الخامس يبيع المنقول	٤٩٥
الاستثناء الخامس بالعار	٤٩٥

القسم الثاني

أحكام خاصة ببعض أنواع البيع

الفصل الأول - بيع الوفاء

تعريف بيع الوفاء وتكييفه	٥٠٢
تاريخ بيع الوفاء في القانون المصري وتعميم التقنين الحالي أيام	٥٠٢
استمرار العمل بأحكام التقنين المنقح على عقود بيع الوفاء المبرمة قبل العمل بالتقنين الحالي	٥٠٨
لحكم بيع الوفاء في التقنين المنقح	٥٠٩
١ - الشرط الوفاائي	٥٠٩
٢ - مدة الحق في الاسترداد	٥١٢

ضمة

المبحث الثاني - بيع المال المملوك شيوعاً

- ٥٥٢ تعريف الملكية العقارية ويؤدي حق المالك على الشيوع
٥٥٣ ما يفيد به المالك على الشيوع عند التصرف في حصة كل القسمة :
و جوب الاحتصار على التصرف في الحصة للعاقبة .
٥٥٤ تصرف الميرك في المال الفاضل كله أو جزءه مفرز عنه
(أ) يحكم بهذا التصرف بعد القسمة .
٥٥٥ (ب) يحكم هذا التصرف قبل القسمة .
٥٥٦ ١ - فيما بين المالكين
٥٥٦ ٢ - بالقسمة على شركاء الميرك .
٥٥٦ ما يفيد به المالك على الشيوع عند التصرف في حصة كل القسمة والمال تسوية

الفصل الثالث - بيع الحقوق المتنازع عليها

- ٥٦٨ تعريف بيع الحقوق المتنازع عليها وحكمه
٥٦٩ متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه .
٥٧١ كيف يكون الاسترداد .
٥٧٣ آثار استرداد الحق المتنازع فيه

الفصل الرابع - بيع الشركات

- ٥٧٥ تعريف بيع الشركات وبيان صفته الاحتمالية .
آثار بيع الشركات :
٥٧٧ (أ) فيما بين المالكين .
٥٧٧ ١ - انتقال حقوق التركة الى المشتري
٥٧٩ ٢ - التزامات المالكين .
٥٨٠ ٣ - التزامات المشتري .
٥٨١ (ب) آثار بيع التركة بالقبض الفعلي

الفصل الخامس - البيع في مرض الموت

- ٥٨٢ النصوص الخاصة بالبيع في مرض الموت وبكيفية جبرها .
٥٨٣ المقصود بمرض الموت .
٥٨٧ حكم الميراثية الإسلامية في التصرفات التي يتم في مرض الموت
٥٩٣ حكم بيع المريض في المرض بالمال .
٥٩٤ الرأى الثاني في التصرف المطلق به بغير موقوف على التركة .
٥٩٦ حاجة الفقهاء الى الحقوق المالية في الحياة .
٥٩٧ حكم بيع حصة الميراث على الميراثين دون الأجنبي

المؤلف : (أ) كتب باللغة العربية :

- ١ - نظرية دفع المسؤولية للدين ، رسالة للدكتوراه ، سنة ١٩٣٦
- ٢ - أصول الاثبات في المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٢
- ٣ - عقد البيع (بالاشتراك مع الأستاذ الدكتور محمد علي امام) سنة ١٩٥٣
- ٤ - موجز المدخل للعلوم القانونية ، سنة ١٩٥٣
- ٥ - الفعل الضار ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٦
- ٦ - نظرية العقد ، سنة ١٩٥٦ - ٧ - موجز أصول الاثبات ، سنة ١٩٥٧
- ٨ - أحكام الالتزام ، سنة ١٩٥٧ - ٩ - موجز البيع والايجار ، سنة ١٩٥٨
- ١٠ - المسؤولية المدنية في قوانين البلاد العربية ، الجزء الاول في الاحكام العامة ، سنة ١٩٥٨ ، والجزء الثاني في المسؤوليات المقترضة ، سنة ١٩٦٠
- ١١ - التأمينات المدنية ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٩
- ١٢ - عقد الكفالة ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٩
- ١٣ - أصول الالتزامات ، الجزء الاول : مصادر الالتزام ، سنة ١٩٦٠
- ١٤ - الاثراء على حساب الغير في تقنيات البلاد العربية ، الجزء الاول في الاحكام العامة سنة ١٩٦١ ، والجزء الثاني في قبض غير المستحق ١٩٦٢ ، والجزء الثالث في الفضالة سنة ١٩٦٩
- ١٥ - شرح قانون ايجار الاماكن ، الطبعة الرابعة المزيده ، سنة ١٩٦٦
- ١٦ - شرح القانون المدني : مجموعة في أربعة أجزاء صدر منها الجزء الاول في المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي من التقنين المدني سنة ١٩٥٧ ، والجزء الثاني في الالتزامات سنة ١٩٥٤ ، والجزء الثالث المجلد الاول في عقد البيع سنة ١٩٦٨ ، والمجلد الثاني في عقد الايجار سنة ١٩٦٨
- ١٧ - الأدلة الحلية واجراءاتها في تقنيات البلاد العربية ، سنة ١٩٦٧
- ١٨ - مسئولية الراعي المقترضة عن فعل المرعى (دراسة في القانون المدني مع التعمق والمقارنة بين القانون الفرنسي وقوانين البلاد العربية) سنة ١٩٦٨

(ب) باللغة الفرنسية :

- ١٩ - Essai d'une théorie générale sur les causes légales d'exonération de la responsabilité civile. Le Cairo. 1936.
- ٢٠ - Introduction à l'étude du Droit civil (avec la collaboration de M. le Prof. Ch. Chabata), 1938.
- ٢١ - Les obligations, tome I, Le Contrat 1949.
- ٢٢ - Le louage de choses, 1947.
- ٢٣ - Le contrat de vente, 3ème édition, 1960.

مطبعة النهضة الجديدة
١٩ شارع أرض الحرمين . الظاهر . الناصرة
ت: ٩٣٣٥٤٢

Bibliothèque Alexandrina



0609564